

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERÚ**

**ESCUELA DE POSGRADO**



**PUCP**

**La estabilidad laboral reforzada de la madre gestante: naturaleza  
jurídica y efectos**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGISTRA EN  
DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

**AUTORA**

**Lizeth de los Milagros Cueva Arana**

**ASESORA**

**Marlene Molero Suarez**

**Julio, 2018**

## INDICE

<b>RESUMEN.....</b>	<b>pg. 05</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>pg. 06</b>
<b>CAPITULO I.....</b>	<b>pg. 08</b>
<b>DEFINICIÓN DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA COMO AMPARO DE LA MADRE GESTANTE EN EL DERECHO DEL TRABAJO</b>	
1. Naturaleza jurídica y concepto.....	pg. 08
2. Desarrollo jurisprudencial a la luz de los pronunciamientos internacionales.pg.	09
a) <i>Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-426 de 1998.</i>	
b) <i>Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-736 de 1999.</i>	
c) <i>Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-054 de 2011.</i>	
d) <i>Sentencia N°166/1988 Tribunal Constitucional de España.</i>	
e) <i>Sentencia N°17/2007 Tribunal Constitucional de España.</i>	
<b>CAPITULO II.....</b>	<b>pg. 18</b>
<b>EL MARCO CONSTITUCIONAL COMO PUNTO DE PARTIDA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFROZADA</b>	
3. Principios rectores del derecho a la estabilidad laboral reforzada de la madre gestante. ....	pg. 18
f) <i>Principio de Estabilidad Laboral.</i>	
g) <i>Principio de Solidaridad Social.</i>	
h) <i>Principio de igualdad de trato y no discriminación.</i>	
i. <i>No discriminación por razón de género.</i>	
4. La Constitución de 1993 y la mujer como sujeto de especial protección...pg.	26
i) <i>El Tribunal Constitucional y el deber de protección a la madre gestante</i>	

**CAPITULO III..... pg. 31**  
**EL MARCO NORMATIVO CONDUCTOR AL DERECHO A LA ESTABILIDAD**  
**LABORAL REFORZADA**

5. Contexto normativo internacional. ....pg. 31

- j) *Convenio N° 100 OIT.*
- k) *Convenio N° 156 OIT.*
- l) *Convenio N° 111 OIT.*
- m) *Convenio N° 183 OIT.*
- n) *Pacto internacional de los D.E.S.C. ratificado por el Perú en 1978.*
- o) *Protocolo facultativo Adicional a la convención americana sobre Derechos Humanos (San Salvador) ratificado por el Perú en 1997.*
- p) *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.*
- q) *La Convención sobre Eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer.*

6. El Contexto normativo nacional. ....pg. 37

- r) *Leyes especiales promulgadas a favor de la mujer trabajadora en estado de gestación.*
  - ii. *Licencia por maternidad*
  - iii. *Hora de lactancia materna*
  - iv. *Protección especial frente al despido*
  - v. *En materia de Seguridad y Salud en el Trabajo*
- s) *Figuras legales que confrontan con la especial protección desde los pronunciamientos del Tribunal Constitucional*
  - vi. *El Periodo de Prueba y su no superación como causa válida de la terminación laboral en el caso de la trabajadora gestante, inclusive*

- (i) *Sentencia del Expediente N° 01969-2012-AA/TC.*
- (ii) *Sentencia del Expediente N° 01057-2002- AA/TC.*
- (iii) *Sentencia del Expediente N° 02214-2012-PA/TC.*
- vii. *Calificación como trabajador de dirección y confianza en el ordenamiento peruano.*
- (iv) *Sentencia del Expediente N° 02456- 2012-PA/TC.*

**CONCLUSIÓN..... pg. 50**

**BIBLIOGRAFÍA.....pg. 51**



## RESUMEN

Hablar de la mujer en el mundo del trabajo, trae al pensamiento los problemas sociales y jurídicos frente a los cuales, con su incorporación se ha debido enfrentar. Así, vienen al pensamiento el denominado “techo de cristal”, la necesidad de una “igualdad remunerativa”, la “nulidad de despido por razón de embarazo”, entre otros. Para nadie es inaudito pensar en ello; y es que la mujer, por historia, se ha visto forzada a emprender luchas para obtener lo que hoy en día puede decir, tiene.

Tales luchas no serían posibles si el marco del derecho, esencial a todas las personas, no hubiera decidido acompañarla. El derecho ha marcado un antes y un después, ha negado y posteriormente ha reconocido los derechos femeninos; y trabaja hoy por lograr la tan ansiada igualdad en el mundo del derecho laboral.

Así, siendo un tema de relevancia e interés, esta tesis aborda la problemática de la mujer gestante trabajadora y busca demostrar que nuestro ordenamiento, como muchos otros, ha forjado un camino de especial protección a la mujer que hoy le permite implementar figuras que refuercen su posicionamiento en el trabajo y que impidan aquellos términos laborales que, encubiertos de legitimidad, esconden tras ellos discriminación.

Nos planteamos entonces la pregunta “por la mujer”, que además de ser un método feminista de derecho, llama a la reflexión y cuestionamiento de si realmente nuestro derecho goza de neutralidad. Llevar a la realidad de la mujer las leyes y principios de derecho, nos sitúan en una realidad distinta que debe, necesariamente, acogerse a particularidades tales como los hijos y las cargas familiares. Es decir, hace pensar en un derecho visto desde la perspectiva del género.

Situarnos en el derecho desde esta perspectiva, nos demuestra que la promulgación de leyes especiales y ratificaciones de convenios internacionales, tienen como propósito principal evolucionar en la normativa de todos y cada uno de los países que se han trazado como objetivo erradicar la discriminación de la mujer. Por ello, hablar de la estabilidad laboral reforzada de la madre gestante es una manifestación de esta tarea dotada de necesaria efectividad en cuanto a protección.

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo ahonda en una de las problemáticas más conocidas del derecho del trabajo, aquella que rompiendo el esquema de un derecho elaborado, supuestamente, desde la neutralidad; no ha logrado aún prevenir la discriminación laboral de la mujer gestante.

Por tal motivo, a través de las siguientes páginas buscaremos destapar la necesidad, muchas veces encubierta a través del silencio legislativo y judicial, de mujeres que han visto, ven y verán vulnerado su derecho al trabajo dada la normativa laboral que hasta el día de hoy el Perú posee. Demostrando con ello, que se hace sustancial implementar figuras legales que doten de efectiva y real protección a uno de los sujetos constitucionalmente protegidos: la madre gestante.

Desarrollar la figura de la estabilidad laboral reforzada, en el presente trabajo, nos permite en primer lugar conocer y comprender la figura, desarrollando sus principales características y efectos ante el marco legislativo actual. Buscamos desarrollar con claridad qué es la estabilidad laboral y cuál es su objetivo, precisando además en qué gira su necesidad. Lo cual trae consigo tomar como punto de partida a los denominados principios rectores; los mismos que son hoy en día parte del derecho nacional y que nos permitirán, con mayor claridad, entender el motivo de su implementación.

En primer lugar, el capítulo uno aterrizando en la figura de la estabilidad laboral reforzada, analiza su conceptualización y pretende con ello comprender el motivo, justificado, desde la propia progresividad del derecho, de su existencia. Así, concretiza su coexistencia con las normas laborales que ya, hoy por hoy, refuerzan la protección de la mujer gestante en el mundo del trabajo.

El segundo capítulo, desarrollando los que, en el presente trabajo, hemos denominado los principios rectores de la figura, determinando que su existencia e implementación en nuestro marco nacional ha sido un camino sembrado desde la concepción de los principios constitucionales que hoy nos rigen. Motivo por el cual, no resulta alejado de nuestro derecho proponer su implementación.

Por último, el tercer capítulo, analiza el marco normativo internacional y sus importantes avances en materia de prevención y erradicación de discriminación. Lo que resulta vital a fin de comprender cuál es el real significado de la protección que la propia Constitución contempla y hacia donde, el desarrollo legislativo, judicial y doctrinario debe apuntar a fin de ratificar, realmente, todos los compromisos nacionales e internacionales a los que el Perú como país se ha obligado a través de los diferentes Convenios y leyes. Finalmente, se precisará respecto de la problemática que existe en nuestra legislación laboral y cómo ésta misma puede trastocar derechos protegidos constitucionalmente.



## **CAPITULO I**

### **DEFINICIÓN DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA COMO AMPARO DE LA MADRE GESTANTE EN EL DERECHO DEL TRABAJO.**

#### 1. Naturaleza jurídica y concepto.

No estando contenida en ninguna norma, el desarrollo de la figura de la estabilidad laboral reforzada, se ha direccionado a establecer que es un principio que emana de la propia Constitución; siendo por tanto, su conceptualización y perfeccionamiento dado a través de los pronunciamientos jurisprudenciales que se han dado en los diferentes países que la contemplan.

En tal sentido, se ha concluido que tiene como punto de partida al derecho a la estabilidad laboral; el mismo que consiste en la garantía que tiene todo trabajador y trabajadora a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido<sup>1</sup>.

Siendo así, si llevamos ello a la estabilidad reforzada, precisaremos que ésta implicará que “el ordenamiento deberá lograr una garantía real y efectiva al derecho constitucional que tiene una mujer embarazada a no ser despedida, en ningún caso, por razón de la maternidad; siendo que la Constitución ordena un amparo especial a la estabilidad laboral de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, por lo cual no es suficiente que el ordenamiento legal asegure unos ingresos monetarios a esas trabajadoras, sino que es necesario protegerles eficazmente su derecho efectivo a trabajar”<sup>2</sup>.

Tal especial protección implica que los principios constitucionales del trabajo adquieren mayor fuerza en el caso de la mujer gestante. Blindándola de especial protección por medio del fuero por maternidad; a través del cual se presume un despido discriminatorio y se aseguran los derechos como lo son, el descanso por maternidad, seguridad social, lactancia y estabilidad laboral reforzada. Siendo los tres primeros asegurados legalmente en la actualidad, deviene en necesario analizar la propuesta de innovación en el ordenamiento y abordar la figura en cuestión.

---

<sup>1</sup> Extracto de las sentencias C-470 de 1997 y T-041 de 2014 de la Corte Constitucional de Colombia.

<sup>2</sup> Ídem

Si a nivel constitucional se considera a la mujer como sujeto de especial protección, la tarea del ordenamiento es pues asegurar la misma y progresivamente generar cimientos que eviten actos discriminatorios.

De esta manera, un ejemplo, que guarda cercanía con nuestro ordenamiento desde la perspectiva de especial protección, es la constitución colombiana, la cual otorga un especial apoyo a la mujer trabajadora en trance de maternidad a través de una estatuto que consiste en (i) prohibiciones: discriminación por razón de sexo, específicamente contra la mujer por razones de maternidad, aunadas a (ii) acciones positivas hacia una igualdad real: el artículo 43 CP ordena al Estado la protección especial de quienes por su condición física se encuentren en “circunstancias de debilidad manifiesta”, asistencia a la mujer embarazada (subsidio alimentario de estar desempleada o desamparada); Deber de expedir una legislación de protección especial a la mujer trabajadora y a la maternidad y además el apoyo especial a la mujer cabeza de familia.

Por tanto, se tiene considerada a la mujer desde dos ámbitos o aspectos, (i) trabajadora; que implanta la creación y cumplimiento de acciones positivas del Estado en procura de la igualdad real y efectiva de oportunidades de acceso. (ii) en su condición de embarazada, la cual genera protección y asistencia especial, dada su debilidad física. Como cualquier tipo de protección contra la discriminación.

## 2. Desarrollo jurisprudencial a la luz de los pronunciamientos internacionales.

Analizar las figuras legales existentes, en los diferentes marcos de derecho, a la luz de la maternidad, ha permitido a las Cortes Internacionales el desarrollo de la garantía de la estabilidad laboral reforzada. Debido a ello, precisaremos en algunas sentencias que desarrollan, mediante un razonamiento constitucional, delimitan y superponen la estabilidad laboral reforzada frente a otras figuras laborales.

### a) *Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-426 de 1998.*

La presente sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, la cual data del año 1998, fue una de las primeras en desarrollar la necesidad de especial protección y refuerzo de estabilidad laboral en el caso de una mujer gestante.

Así, tratando el caso de una trabajadora gestante bajo un contrato sujeto a modalidad, cita que el arribo de la fecha de terminación del contrato no siempre constituye terminación con justa causa de la relación laboral; por si a la fecha de expiración del plazo subsisten las causas, la materia del trabajo y si el trabajador cumplió a cabalidad sus obligaciones, a éste se le deberá garantizar su renovación.

Por lo tanto, concluye que, “para terminar un contrato laboral cuando existe el estado de gravidez de la trabajadora que cumple con sus obligaciones, deberá analizarse si las causas que originaron la contratación aún permanecen, pues de responderse afirmativamente no es dable dar por terminado el contrato de trabajo a término fijo, más aun cuando la Constitución obliga al Estado y a la sociedad a brindar una protección especial a la mujer en estado de embarazo”<sup>3</sup>.

De esta manera, la Corte Constitucional de Colombia no agota su pronunciamiento en la propia causalidad del contrato de trabajo sino que precisa la obligación estatal de proteger de manera especial a la mujer estado de embarazo. Exigiéndose la inexistencia de las causas que originaron su contratación a fin de determinar que no se esconde mediante éste “término de contrato” una discriminación. Se requiere, entonces, un trato minucioso y rígido que busque velar por mantenerla en el puesto de trabajo.

*b) Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-736 de 1999.*

A través de la sentencia T-736 del año siguiente (1999) se desarrolló aún más la figura- vista desde su confrontación con el término de contrato- precisándose que si media el término de contrato a una madre gestante, el juez deberá de tener en consideración una equiparación de tal supuesto a un despido.

Justificándose ello debido a que “a pesar de la expiración del plazo del contrato, subsisten las causas del mismo y el cumplimiento satisfactorio de las obligaciones laborales por parte de la trabajadora”.<sup>4</sup> Debiendo mediar siempre la presunción de que el verdadero motivo de término es la gestación.

Con ello, la Corte Constitucional ha instaurado que de tratarse de una mujer embarazada, siempre que no se logre demostrar la inexistencia de las causas objetivas

---

<sup>3</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T426 de 1998.

<sup>4</sup> Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-736 de 1999

que justificaron su contratación, se deberá de renovar contrato; siendo aplicable a ello el desarrollo legislativo instaurado a través de los artículos 239°, 240° y 241° del código sustantivo del trabajo<sup>5</sup>, estos precisan:

Artículo 239° prohibición de despedir.-

1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.
2. Se **presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin la autorización** de las autoridades de que trata el artículo siguiente.
3. La trabajadora despedida sin autorización de la autoridad tiene derecho al **pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar** de acuerdo con el contrato de trabajo, y además, al **pago de las ocho (8) semanas de descanso remunerado** de que trata este Capítulo, si no lo ha tomado.

(El subrayado es nuestro)

Artículo 240° permiso para despedir.-

1. **Para poder despedir** a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el empleador **necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal** en los lugares en donde no existiere aquel funcionario.
2. El permiso de que trata este artículo sólo puede **concederse con el fundamento en alguna de las causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo** y que se enumeran en los artículos 62 y 63. Antes de resolver, el funcionario debe oír a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes.
3. Cuando sea un Alcalde Municipal quien conozca de la solicitud de permiso, su providencia tiene carácter provisional y debe ser revisada por el Inspector del Trabajo residente en el lugar más cercano.

(El subrayado es nuestro)

---

<sup>5</sup> <http://www.gerencie.com/se-le-debe-renovar-el-contrato-de-trabajo-a-una-mujer-embarazada.html>

Artículo 241° nulidad del despido.-

1. El **empleador está obligado a conservar el puesto a la trabajadora que esté disfrutando de los descansos remunerados** de que trata este capítulo, o de **licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto**.
2. **No producirá efecto** alguno el despido que el empleador comunique a la trabajadora **en tales períodos**, o en tal forma que, al **hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias** mencionados.<sup>6</sup>  
(El subrayado es nuestro).

En consecuencia, se concluye que si el contrato de trabajo termina cuando la mujer está en estado de embarazo o en el tiempo del goce de licencia (hasta tres meses posteriores al parto) es carga del empleador demostrar a la autoridad competente la objetividad y fundamentación de la decisión; caso contrario, se le tendrá que renovar contrato; ya que se instaura la presunción que la causa de la mencionada no renovación es su estado de gravidez o lactancia.

c) *Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-054 de 2011.*

A lo mencionado hasta aquí, considerando que el concepto de estabilidad laboral reforzada otorga protección a la mujer para mantener el puesto de trabajo, a través de la presente sentencia, llega incluso a equiparar el término de contrato con la figura del despido, tomando ambas figuras como supuestos iguales de no mediar autorización de autoridad.

Es decir, aun cuando el despido tenga una causa justa pero no se obtuvo la autorización de inspector o alcalde, éste se considerará ilegal. Cabe resaltar que muy de la mano con la estabilidad laboral reforzada se encuentra al “fuero por maternidad” que es justamente el antecedente a la estabilidad mencionada; siendo éste el medio para blindar a la mujer gestante ante cualquier despido y el que obliga, incluso, a la renovación de contrato.

---

<sup>6</sup> Código Sustantivo del Trabajo , Colombia, 1950

Siendo ambas figuras las determinantes para el caso en concreto la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-054-2011 en el numeral seis precisa:

La sentencia del año 2011, considera además que la necesidad de protección derivada de la naturaleza misma del embarazo, es urgente. Así, traslada el problema del plano legal y lo convierte en un asunto de relevancia constitucional; donde será, por la afectación o no de derechos esenciales de la madre gestante y su hijo por nacer, que el amparo a los mismos deba ser denegado o concedido en acción de tutela; siempre y cuando se encuentren acreditados los siguientes supuestos:

- (i) Que la no renovación del contrato **haya tenido lugar durante la época en que está vigente el “fuero de maternidad”**, esto es, durante el embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto;
- (ii) Que la **no renovación del contrato sea una consecuencia del embarazo**, por ende que el despido no este directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique (causa justa);
- (iii) Que **no medie autorización del inspector respectivo**, si se trata de trabajadora oficial o privada, o que no se presente resolución motivada por parte del jefe del respectivo organismo, si se trata de empleada pública; y
- (iv) Que la **no renovación del contrato amenace el mínimo vital de la actora y/o su hijo por nacer.**<sup>7</sup>  
(El subrayado es nuestro).

De los supuestos detallados por la corte, consideramos que es el último de éstos el que amplía de manera total la protección a la mujer embarazada; es de esta manera, que la amenaza descrita al mínimo vital se materializa en el perjuicio no solo económico sino social que se le ocasionaría a la mujer y al niño/a.

En se sentido, el mínimo vital es considerado un derecho fundamental cuyo objeto “abarca todas las medidas positivas o negativas constitucionalmente ordenadas con el fin de evitar que la persona se vea reducida en su valor intrínseco como ser humano debido a que no cuenta con las condiciones materiales que le permitan llevar una

---

<sup>7</sup> Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana del 4 de febrero de 2011 recaída en el expediente T-2800772

existencia digna”.<sup>8</sup> Y en esa línea, el desamparar a una gestante involucraría el suprimir o desconocer de la protección necesaria que necesita y desampararla en una situación de vulnerabilidad como lo es el embarazo. Es por ello, que la Sentencia en cuestión culmina precisando:

- “Que la protección a la maternidad, al que está por nacer y a la mujer trabajadora, se materializan en el principio de la estabilidad reforzada tanto durante el embarazo como en el periodo posterior al parto de los tres meses.
- Que sin importar la clase de contrato que se tenga, dicha protección se activa con el solo hecho de quedar embarazada durante el desarrollo del contrato laboral.
- Que el objeto de esta protección consiste en proporcionar tranquilidad y plena confianza a estos sujetos de especial protección que se encuentran en estado de indefensión frente al empleador que de manera arbitraria toma la decisión de efectuar la desvinculación sin una justa probada”.<sup>9</sup>

Aunado a los pronunciamientos colombianos, el Tribunal Constitucional de España ha desarrollado interesantes pronunciamientos sobre la figura en materia que, a su vez, también han traído consigo la prevalencia de la protección a la maternidad frente a las decisiones empresariales que han devenido en arbitrarias por no haberse podido demostrar en el proceso.

*d) Sentencia N°166/1988 Tribunal Constitucional de España.*

La Corte española desarrolla un sentencia que aborda la figura del periodo de prueba a la luz de la especial protección de la maternidad en el ámbito laboral, detallando así que el significado jurídico de la resolución del contrato de trabajo en el periodo de prueba y el modo de proceder a la misma o las causas que la justifican no compete al Tribunal, bastando con comprobar que la Ley ha previsto un sistema extintivo diferente al del despido, cuyas reglas y principios no le son aplicables, que se manifiesta, en la falta de necesidad de motivación.

Así, “el problema no se plantea aquí como una cuestión de legalidad, sino de confrontación con un precepto constitucional que prohíbe toda discriminación por razón

---

<sup>8</sup> <http://www.gerencie.com/derecho-fundamental-al-minimo-vital.html>

<sup>9</sup> Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana del 4 de febrero de 2011 recaída en el expediente T-2800772

de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, y cuyo predominio debe quedar garantizado”.<sup>10</sup>

Con ello, aun y cuando el periodo de prueba es una figura legal regulada de modo claro y expícito, aceptada por la legislación. La controversia no gira en torno a sus características propias y diferenciadoras de un procedimiento adecuado de despido -en el cual es exigible la causa justa que lo motiva- sino que la discusión deberá centrarse en si es válido hacer primar esta figura legal ante un precepto constitucional como es la prohibición de discriminación y la especial protección.

Es de esta manera, que la sentencia concluye declarando que “el INSALUD, como pudo haber hecho, **no dio más explicación al despido que la de voluntad resolutoria**. Ante la presencia de un **derecho a no ser discriminada, que la actora alegó informando de su embarazo, la empresa debió explicitar que los motivos que la movieron eran ajenos a tal hecho o situación, significativa de un plus o añadido al concreto derecho laboral** –condición de mujer digna de protección más fuerte por desigualdad injustificada. **Que la obligaba a su vez – a la empresa- a justificar la razonabilidad de su conducta resolutoria.**”<sup>11</sup> (El subrayado es nuestro)

Lo mencionado quiere decir que, sin desconocer la falta de motivación propia de la extinción de la relación laboral por motivo de no superación del periodo de prueba, existe un límite a la referida figura. Éste gira en torno al plus de tutela que le otorga la constitución a la madre gestante; protección especial que obliga al empleador a, aun estando en la etapa de periodo de prueba, argumentar y justificar que las razones que impiden la continuación del contrato no se basan en el embarazo.

e) *Sentencia N°17/2007 Tribunal Constitucional de España.*

El Tribunal, mediante el presente pronunciamiento, señala que pueden existir casos en los cuales el empleador justifique la extinción de la relación laboral por razones como un rendimiento no adecuado debido a faltas en el trabajo que podrían darse durante el estado de gestación.

---

<sup>10</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de España N° 166/1988 de 26 de septiembre de 1988.

<sup>11</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de España N° 166/1988 de 26 de septiembre de 1988.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional de España precisa que, “como tuvo la oportunidad de declarar la Sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas de 30 de junio de 1998 (caso Brown), aunque los trastornos y complicaciones del embarazo pueden implicar una incapacidad laboral; constituyen riesgos inherentes al embarazo y por lo tanto, comparten la especificidad de este estado. De tal forma que, como ocurre en el caso de autos, la extinción del contrato de la trabajadora se encuentra motivado por la disminución del rendimiento, y éste último se ha cifrado sin tener en cuenta las ausencias en el trabajo por motivos derivados de su estado gestacional, en definitiva, el cese obedece a la aparición de riesgos inherentes a tal estado y, por lo tanto, debe calificarse como fundado esencialmente en el embarazo. Tal despido solo puede afectar a las mujeres y supone una discriminación directa por razón de sexo”.<sup>12</sup>

Con este pronunciamiento, el Tribunal español confirma nuevamente que la controversia no puede girar en torno a la legalidad sino en función a la constitucionalidad de la decisión del empleador para no seguir con la relación laboral. Citando, además, en su interpretación que aún y cuando medie una aparente causa justa, deberá otorgarse un plus de tutela. Entendiendo con ello que ésta aparente causa proviene del propio estado de gestación; configurándola como inconstitucional.

Con las sentencias mencionadas, consideramos pertinente traer a colación a lo establecido en nuestra constitución. La misma que cita:

Artículo 23°:

(...) Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador (...)<sup>13</sup>

Ello nos permite afirmar que, en efecto, el trabajador posee una serie de derechos constitucionales laborales (tanto específicos como inespecíficos) y principios que no pueden ser desconocidos de ninguna manera por el empleador ni por el ordenamiento.

En tanto, “decir lo contrario significaría decir que existe una zona en la cual los derechos fundamentales pierden su efectividad o vigencia, lo cual resulta a todas luces, un planteamiento inconstitucional”.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de España N° 17/2007 de 12 de febrero de 2007.

<sup>13</sup> Constitución Política del Perú, 1993, artículo 23°.

<sup>14</sup> <https://actualidadsociolaboral.blogspot.pe/2013/03/periodo-de-prueba.vs.derechos.html>

Siendo en razón de esto, y llevado al tema en cuestión, el empleador debería poder probar que la extinción del vínculo laboral responde a motivos objetivos, no arbitrarios, demostrables tanto al trabajador como, de ser el caso, a la autoridad competente.

Por tanto, concluimos precisando que si bien las figuras citadas serán materia de cuestionamiento y estudio posterior; aun siendo figuras que nuestro ordenamiento contempla, deben ser analizadas necesariamente desde la perspectiva de la especial protección en caso como los citados anteriormente. Ya que no debe convertirse su aplicación en abuso de derecho ni como medio para llevar a cabo ceses con afectaciones a derechos constitucionales.



## **CAPITULO II**

### **EL MARCO CONSTITUCIONAL COMO PUNTO DE PARTIDA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFROZADA**

#### **3. Principios rectores del derecho a la estabilidad laboral reforzada de la madre gestante.**

La estabilidad laboral es entendida como la permanencia en el empleo, significa, entre otros términos, que la relación de trabajo debe perdurar en el tiempo en cuanto no existan motivos arbitrarios que la hagan terminar.

En tal sentido, la estabilidad laboral se presenta en todos los contratos, sean estos a plazo fijo o indeterminado. Siendo que, en el primer escenario, la persona permanecerá en el cargo hasta el plazo previamente fijado por ambas partes en el contrato de trabajo; y en el segundo, la persona continuará en sus funciones salvo que medie causa justa de finalización de la relación laboral.

A simple vista, podría entonces pensarse que la estabilidad laboral se presenta de manera inmediata al contraer una relación laboral; sin embargo, no podemos compartir tal pensamiento dado que nuestra legislación laboral nacional contempla legalmente la figura del periodo de prueba en todas las relaciones de trabajo, la misma que arraiga necesariamente una obligatoria superación a fin de contraer, posterior ésta, la estabilidad laboral conocida en términos de la doctrina de derecho como estabilidad laboral de entrada.<sup>15</sup>

Considerado ello, es fundamental resaltar que a nivel constitucional la figura de la estabilidad laboral ha sufrido cambios que enmarcan en ellos un cambio en su conceptualización, llamándonos hoy a cuestionarnos respecto a si su contemplación actual es, en definitiva, un mecanismo de protección a esta continuidad de la relación laboral.

---

<sup>15</sup> La estabilidad laboral será considerada como estabilidad laboral de entrada cuando en sus manifestaciones sea preferida la contratación a plazo indefinido, frente a la de plazo fijo. Es decir, cuando a través del inicio de la contratación se asegure la continuidad y mantención de la relación de trabajo. Mientras que, al hablar de estabilidad laboral de salida, se hace referencia a aquella resistencia al término de la relación por la decisión unilateral del empleador; es decir, la protección concreta frente al despido arbitrario.

f) *Principio de Estabilidad Laboral.*

Para exponer la figura de la estabilidad laboral contenida en la Constitución de 1993, debemos, necesariamente, citar a su antecesora; la Constitución de 1979, la misma que citaba:

Artículo 49.-

“El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador sólo puede ser despedido por causa ajena, señalada en la ley y debidamente comprobada”<sup>16</sup>

Siendo así, haciéndose una interpretación literal del artículo, podemos decir que a través de la Constitución de 1979 tenía nuestra legislación una regulación constitucional de la estabilidad laboral que consideraba tanto la estabilidad laboral de entrada como de salida; es decir, se daba a través de la Constitución una regulación de la figura completa.

Frente a ello, en nuestra actual Constitución (1993), encontramos el artículo 27<sup>o</sup>; el mismo que regulando la figura muestra cambios sustanciales que eliminan parte su predecesora, citando que la ley otorga al trabajador adecuada protección frente al despido arbitrario<sup>17</sup>. Con ello, debemos hacer precisión a dos frentes (1) la actual regulación constitucional no menciona de manera explícita la estabilidad laboral – cuestión que si lo hacía su predecesora y que permitía asegurar su existencia al momento del inicio de la relación de trabajo – (2) con la constitución de 1993 se delega al legislador la tarea de determinar cuál será aquella adecuada protección. Es decir, a nivel constitucional no es regulada la figura – lo cual si se hacía a través de la Constitución de 1979- sino que ésta tarea le delegada al legislador, quien deberá desarrollar los alcances de lo que en la fuente máxima de derecho se cita.

El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de explicar y desarrollar qué debemos entender a través de la regulación contemplada en el artículo 27<sup>o</sup>, habiendo detallado al respecto en el 2004 que cuando el artículo 27<sup>o</sup> de la Constitución establece que la ley otorgará adecuada protección frente al despido arbitrario, debe considerarse

---

<sup>16</sup> Artículo 49<sup>o</sup> de la Constitución de 1979.

<sup>17</sup> Artículo 27<sup>o</sup> de la Constitución de 1993.

que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional.<sup>18</sup>

Es decir, lo que el Tribunal Constitucional precisa es que cualquier término de relación laboral debe siempre respetar, necesariamente, el contenido esencial del propio derecho del trabajo; lo cual no quiere decir más que respetar el acceso al puesto y no vulnerar el derecho de todo trabajador a no ser despedido salvo que exista causa justa para ello. Con ello, el Tribunal Constitucional precisa además la contradicción existente entre el artículo 34º del D.S 003-97-TR y lo emanado de la Constitución, fallando así con su inaplicabilidad.<sup>19</sup>

Es por tanto que se establece que la estabilidad laboral de salida exige, sea cual sea el régimen laboral o tipo de contrato del que se trate, la existencia de una causa que a su vez sea considerada por el legislador como justa, mediando ante ella un procedimiento de despido también regulado por ley; a través del cual se ejerza por parte del trabajador pleno conocimiento de los hechos que llevan a la decisión y éste pueda, entonces, ejercer su derecho de defensa.

De esta manera, la estabilidad laboral es una garantía de todos los trabajadores; la misma que asegura consigo la imposibilidad de perder el empleo, salvo que exista causa justa contemplada en ley.

*g) Principio de Solidaridad Social.*

Al hablar del principio de solidaridad, es inevitable traer a colación al derecho a la Seguridad Social; y es que éste principio es traído al presente trabajo desde la referida materia. Sin embargo, aun y cuando será desarrollado a la luz de la Seguridad Social en lo que a derecho se refiere, no podemos perder de vista que éste emerge desde el propio concepto de solidaridad humana.

---

<sup>18</sup> Fundamento 12 de la Sentencia emitida en el año 2004. Expediente Nº 1124-2001-AA/TC. Caso del Sindicato Unitario de Trabajadores de telefónica del Perú S.A y Fetrafel.

<sup>19</sup> El artículo 34º del D.S 003-97-TR refería en su segundo párrafo que "el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de indemnización". Lo cual resultaba contradictorio ya que, justamente, una de las modalidades de despido contemple la búsqueda de la reparación a través de la indemnización cuando de la actitud del empleador se desprenda la vulneración del derecho del trabajo.

Siendo así, resulta relevante citar como principio de la figura tratada a la solidaridad; ello debido a que nuestro marco de derecho laboral y de seguridad social vienen estrechamente ligados; aun hoy, es imposible hablar del derecho a la seguridad social si es que no partimos, previamente, de la premisa de encontrarnos en un puesto de trabajo formal. Es decir, la manera de acceder al derecho a la seguridad social, está en gran medida supeditada al encontrarse declarado en una planilla.

Ante ello, debemos recordar que es la propia Constitución la que declara al Perú como una república social democrática. Lo cual significa que el Estado tiene una función activa en cuanto a la protección de los grupos vulnerables. Siguiendo tal línea, el principio de solidaridad resulta trascendental para comprender si nos encontramos ante un sistema de seguridad social o cualquier otro; debiendo entenderse que éste se define en cuanto cada cual aporta al sistema de seguridad social según su capacidad contributiva y recibe prestaciones de acuerdo a sus necesidades, lo cual constituye una herramienta indispensable a efectos de cumplir con el objetivo esencial de la seguridad social: la redistribución de la riqueza con justicia social.

Siendo así, “la solidaridad implica la del sano con el enfermo, la del joven con el anciano (intergeneracional u horizontal), pero también entre las personas de diferentes ingresos, de los que más tienen a los que menos tienen (intergeneracional o vertical), incluso solidaridad geográfica entre regiones con más recursos y otras más pobres”.<sup>20</sup>

De esta manera, en materia de gestación, encontramos su presencia dada la protección a la mujer – de manera general- la cual aterriza en una protección a la madre – cuando ésta se encuentra en etapa de gestación- , protegiendo a su vez a los hijos; con lo cual, el esquema lógico termina pues protegiendo a la familia. Por lo cual, podríamos entonces concluir que la no protección a la madre generaría una implicancia negativa en la conformación de los lazos familiares, entendiéndose hoy en día a la familia desde sus diferentes concepciones.

Es en este punto en el cual nos permitimos precisar que la gestación tiene un impacto en las diferentes aristas de la vida de la madre y del menor; siendo pues que con ésta se establecen responsabilidades de todas las partes involucradas en ella: el Estado, a

---

<sup>20</sup>[http://white.lim.ilo.org/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/proyectos/proyecto\\_ssos/formacion\\_distancia/mo dulo\\_002/02\\_unidad02.pdf](http://white.lim.ilo.org/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/proyectos/proyecto_ssos/formacion_distancia/mo dulo_002/02_unidad02.pdf)

través de su sistema de salud; la familia, la cual asume la responsabilidad del cuidado del menor y de la madre; y el empleador, el cual debe respetar la licencia concedida por ley y, con ello, comprender la situación especial en la cual la madre y/o el menor pudiesen encontrarse. Sin perder de vista en este punto el necesario trato de igualdad que debe darse en materia de oportunidades y permanencia en los puestos.

De esta manera, todos los involucrados no deben ser vistos únicamente en la esfera del madre – hijo/a sino que la visión de la gestación debe, necesariamente, ampliarse para comprender quienes son los que la conforman y el papel trascendental que las partes poseen.

*h) Principio de igualdad de trato y no discriminación*

El principio de igualdad de trato y no discriminación, contemplado desde la Constitución, es también un principio del derecho de trabajo. Así, encontrándolo en el artículo 2º inciso 2 y artículo 26º inciso 1<sup>21</sup> podemos detallar que éste no solo exige que para el tratamiento desigual en la aplicación de la ley a las personas, exista una finalidad legislativa legítima; sino que los que la reciban, aquellos que reciban el trato desigual, sean realmente desiguales.

En lo que respecta al artículo 26º inciso 1 habrá que resaltar que su pretensión gira en torno a que la regla de la igualdad asegure, en lo relativo a derechos laborales, la igualdad de oportunidades en cuanto al acceso al empleo. Por ende, podemos concluir que se estaría configurando discriminación en materia laboral, cuando se origina una afectación al trabajador en aquellas características innatas a su condición de ser humano.<sup>22</sup>

Es por tal motivo, que la discriminación en el mundo del derecho podrá presentar en tres escenarios “(1) al momento de postular a un trabajo, con lo cual se hace referencia al momento previo al inicio de la relación laboral, etapa en la cual ésta aún no se ve consolidada; pese a ello, se hace necesaria la protección a la igualdad de oportunidades en cuanto al acceso al empleo. En decir, la prohibición de reglas

---

<sup>21</sup> **Artículo 2º.-** Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece. 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

**Artículo 26º.-** En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

1. Igualdad de oportunidades sin discriminación.

<sup>22</sup> [https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/publicaciones/publicacion/juris\\_doctrina\\_constlaboral.pdf](https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/publicaciones/publicacion/juris_doctrina_constlaboral.pdf)

absurdas, restricciones o impedimentos arbitrarios. (2) Durante la relación laboral, mediante la cual se busca proscribir que ya en el seno de una relación laboral el trabajador se vea disminuido en el pleno ejercicio de sus derechos laborales con relación a otros, o sea apartado de ciertos derechos de forma injustificada, arbitraria o subjetiva”.<sup>23</sup> Y (3) en el momento de la finalización de la relación laboral; esto es cuando analizamos por qué causa la relación termina, siendo que de existir motivos discriminatorios, hablaríamos de un despido nulo.

Con ello, observamos que en materia laboral el principio de no discriminación ha sido estipulado desde la Constitución y ha venido marcando un esfuerzo progresivo en regulación legal que permita concretizar y asegurar su no vulneración. Sin embargo, aun hoy existe y convive con nosotros la discriminación por género en lo que a labores respecta y, resulta de relevancia inherente al presente trabajo, detenernos a analizar tal tipo de discriminación.

*i. No discriminación por razón de género.*

Hace más de medio siglo, la realidad del mundo del trabajo empezó a cambiar. El estereotipo social que ubicaba a las mujeres en sus casas, realizando únicamente labores domésticas durante el mismo tiempo que los hombres salían a trabajar y generar remuneraciones empezó a ser cuestionado y modificado.

Así, miles de mujeres dejaron el trabajo doméstico para incorporarse al mundo laboral remunerado; mientras en la década de los 60, dos de cada 10 mujeres trabajaban o buscaban trabajo activamente, esa cifra en la actualidad se ha triplicado.

Hoy “—a diferencia de comienzos de los 90- las mujeres permanecen dos años más en el sistema educativo, tienen un 3% más de probabilidad de no formar pareja y su tasa de fecundidad es un 60% menor, lo que ha alentado y a la vez retroalimentado su participación en el mundo laboral fuera del hogar”.<sup>24</sup>

Este fenómeno, describe dos situaciones: (i) que las mujeres siguen incorporándose al mercado laboral formal y por tanto remunerado pero que (ii) tal incorporación desde la

<sup>23</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Centro de Estudios Constitucionales, Lima Perú, 2006. Pág. 292.

<sup>24</sup> BANCO MUNDIAL. (2016). El ingreso de mujeres al mercado laboral se estanca durante el "boom" en Latinoamérica. Recuperado el 14 de junio de 2017, de [www.bancomundial.org](http://www.bancomundial.org/es/news/feature/2016/05/04/el-ingreso-de-mujeres-al-mercado-laboral-se-estanca-durante-el-boom-en-latinoamerica): <http://www.bancomundial.org/es/news/feature/2016/05/04/el-ingreso-de-mujeres-al-mercado-laboral-se-estanca-durante-el-boom-en-latinoamerica>

década de los 2000 ha venido siendo cada vez más lenta. “Tal hecho que quizás es transitorio podría tener consecuencias permanentes preocupantes: las mujeres que hoy deciden mantenerse fuera del mercado de trabajo pueden ser menos propensas o tener menos chances de trabajar en el futuro, incluso en un escenario global con mejores perspectivas laborales. Es posible que estar fuera del mercado de trabajo durante algún tiempo implique pérdidas de productividad y refuerce los roles de género tradicionales en el hogar, lo cual puede reducir las perspectivas de participación de las mujeres en el largo plazo”.<sup>25</sup>

Las interrogantes que surgen a raíz de lo descrito líneas arriba nos invita a pensar respecto a los planes de acción que buscando involucrar a todos los frentes de la problemática, hoy se han planteado el objetivo de reducir la discriminación de la mujer en el mundo del trabajo e incentivar con ello la aceleración del porcentaje de su participación laboral. Se trata así de continuar una lucha que no tiene únicamente el objetivo de acceder a un puesto de trabajo sino también permanecer en él.

Dentro de las diversas políticas señaladas por el Banco Mundial, encontramos a aquellas que se centran en ampliaciones de licencia que generen corresponsabilidad en la pareja; están las que invitan al sector público y privado a la creación de lugares de cuidado de los hijos a fin de que la mujer pueda pasar más horas en el trabajo con la tranquilidad del buen cuidado de los menores, entre otras.

En tal sentido, generar leyes que involucren al sector público, privado y Estado en general en la tarea de reducir brechas de género y apostar por la igualdad ha venido siendo una tarea a la cual América Latina no ha sido ajena. Así, el Informe denominado Mujer, Empresa y el Derecho 2016 preparado y presentado por el Banco Mundial examina leyes que impiden el empleo y la capacidad empresarial de la mujer, concluye que las mujeres casadas se ven afectadas por múltiples restricciones legales que afectan sus oportunidades económicas. En Barbados, Belize, Dominica, Grenada, Haití, San Vicente y las Granadinas, y Trinidad y Tobago, las mujeres casadas deben presentar documentación adicional al solicitar un pasaporte, lo cual no es exigido a los hombres casados. En las Bahamas las mujeres enfrentan más dificultades en transmitir su ciudadanía a sus hijos, y en Barbados no lo pueden hacer. Restricciones de este

---

25 CEDLAS. (2015). Bridging gender gaps? the rise and deceleration of female labor force participation in Latin America. (M. M. GASPARINI Leonardo, Ed.) La Plata, Buenos Aires, Argentina: CEDLAS.

tipo, pueden limitar el acceso de las mujeres a los servicios públicos. En Bolivia, las mujeres casadas no pueden conseguir un empleo sin la autorización de sus esposos.

Considerando con ello “además, en 16 economías de la región las mujeres tienen prohibido realizar los mismos trabajos que los hombres, señala el informe que cubre 173 economías del mundo, incluyendo 33 economías de la región de América Latina y el Caribe. Belize prohíbe que las mujeres trabajen de noche en fábricas o que manejen mercancías en los muelles, y Honduras y Colombia impiden que las mujeres tengan trabajos considerados peligrosos”.<sup>26</sup>

Con lo señalado, no es difícil darnos cuenta de que los problemas a los cuales se enfrenta la mujer en el mundo del trabajo son la causa para generar que su incorporación y permanencia sea cada vez menor; ello es muestra de la discriminación que aun hoy existe y los techos que ésta encuentra en el desarrollo profesional y que impiden una incorporación plena al mundo laboral.

La mencionada discriminación, a efectos laborales, se aprecia en lo referido a la igualdad de oportunidades para la mujer y se entenderá desde el proceso de la selección del personal hasta la contratación y prestación de servicios por parte de la trabajadora.

Así, “creemos que las mujeres no pueden ser vistas en el mundo laboral y económico desde la misma perspectiva que los hombres, a los cuales es más sencillo aplicar la teoría pura; en el caso femenino, encontramos una realidad diferente debido a la propia carga física, familiar y social que éstas tienen. Las mujeres son obligadas a estar en la vida real, atendiendo labores propias de un trabajo remunerada, trabajo doméstico no remunerada y actividad sexual inclusive; así, podemos hablar de una libertad de trabajo remunerado hasta un promedio de 30 años de edad de la población femenina, edad en la cual éstas ven más allá de lo laboral y acogen actividades que no siendo remuneradas si constituyen una fuente de trabajo para éstas”<sup>27</sup>.

Mientras el tiempo pasa, los hombres, en su mayoría, pueden proyectar y ostentar un mayor poder económico; situación que no siempre pasará en las mujeres que decidan, en determinado momento, iniciar una vida familiar. La misma que viene acompañada de

---

<sup>26</sup> BANCO MUNDIAL. (2015). Las mujeres en América Latina y el Caribe enfrentan barreras a las oportunidades económicas, señala el informe del Grupo Banco Mundial. Washington.

<sup>27</sup> ALAIN, S. (1999). Vers la féminisation? Pour comprendre l'arrivée des femmes au pouvoir. Paris, Francia: bibliothèque blanche.

obligaciones frente a los hijos, pareja y hogar en general. De este modo, las cifras recogidas respecto a las mujeres en el mundo laboral, nos han permitido apreciar que los puestos a cargo de hombres y mujeres muestran porcentajes de diferencias alarmantes que nos llevan a reflexionar respecto al porqué de su existencia; “por ejemplo en América Latina y el Caribe el 23% de los puestos en los parlamentos nacionales son ocupados por mujeres, siendo que las mujeres representan menos del 25% de los miembros de los poderes del Estado a nivel general del continente”.<sup>28</sup>

Asegurar la oportunidad y estabilidad laboral es pues un reto del derecho de trabajo que podrá darles mayor seguridad de ingresos económicos y ganancias en general; que les permitirá asumir sus propios gastos y, posibles, cargas familiares, inclusive, de manera individual. Brindarle a la mujer, y a cualquier otro grupo relegado, la oportunidad de acceder y permanecer en el puesto es tarea del derecho, asegurar igualdad y evitar discriminación es pues parte de la labor jurídica.

#### 4. La Constitución de 1993 y la mujer como sujeto de especial protección.

Para nuestra Constitución y el derecho laboral, la madre gestante es uno de los sujetos que goza de especial protección. Siendo la Constitución la encargada de estipular el deber legislativo y dotarla de eficaz protección. La cual permita blindarla ante cualquier vulneración a sus derechos que pudiera existir.

En ese sentido, la Constitución detalla dos artículos que nos permiten apreciar la protección especial antes referida.

Artículo 4.-

**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 éstos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

La forma de matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley<sup>29</sup> (el subrayado es nuestro).

<sup>28</sup> CEPALSTAT, Base de datos y publicaciones estadísticas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, División de estadísticas, 2016.

<sup>29</sup> Constitución Política del Perú 1993, artículo 4º.

Artículo 23.-

**El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menos de edad y al impedido que trabajan.**

El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo.

Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre conocimiento.

<sup>30</sup> (El subrayado es nuestro).

Es en ese sentido que, por medio del artículo 23° citado, la Constitución estipula en el primer párrafo el principio protector del que gozan determinados sujetos con especial nivel, encontrando aquí a la madre que trabaja. Seguidamente, encontraremos al principio de irrenunciabilidad de derechos y la igualdad que debe mediar en las relaciones laborales.

Respecto al principio protector, que es el más relevante para el caso en concreto, éste supone dos cosas: en primer lugar, “entendemos que la atención prioritaria supone tener un especial cuidado o poner el énfasis en la protección de las categorías de trabajadores establecidas por el constituyente. En segundo lugar, la actual Constitución se encarga de establecer una prelación respecto del ámbito subjetivo de tutela del principio protector. Indica que se protege especialmente a tres categorías de trabajadores (...) en ese sentido, no se trata, como algunos han pensado, de una protección exclusiva, sino preferente, que se justifica a partir de las peculiares características de los grupos mencionados y que requieren, por tanto de una tutela adicional, entendida en el sentido de equipararlos con el resto de categorías de trabajadores, mas no en perjuicio de aquellas”<sup>31</sup>.

En tal línea, debemos entonces precisar que el Estado protege el trabajo en sus diversas modalidades, lo que quiere decir que, hasta donde le es posible, el gobierno protege los derechos laborales y los puestos de trabajo de los trabajadores sin

---

<sup>30</sup> Constitución de 1993, artículo 24°

<sup>31</sup> BOZA PRO Guillermo, Los sujetos laborales especialmente protegidos en la constitución de 1993, Taller Derecho, Lima 2002, P. 180.

diferencias entre ellos, dando preferencia a la madre, al menor y al impedido. Con esta finalidad, existe legislación con derechos y beneficios especiales para estos grupos de trabajadores.<sup>32</sup>

Es así, como en la situación particular de madre gestante, existe un interés que no solo se agota en la propia persona de la trabajadora. Siendo que por medio de esta protección se busca salvaguardar también el interés del niño/a aun no nacido.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional cuando en la Sentencia del expediente N° 00388-2013-PA/TC – Cajamarca- menciona en la consideración número siete que una trabajadora embarazada, en tanto titular de una especial protección constitucional, tiene habilitada la jurisdicción constitucional para exigir el cumplimiento de los mencionados descansos pues, dada su situación de gravidez, el Estado se encuentra en la ineludible necesidad de adoptar medidas urgentes para salvaguardar sus intereses, así como los del niño que está por nacer <sup>33</sup> .

Ello resulta cierto, dado que la protección emanada constitucionalmente realmente está buscando es catalogada como *especial* debido a que lo que pretende asegurar es que el embarazo no se vea menoscabado por el derecho al trabajo; sino todo lo contrario, asegurar que durante su existencia la madre goce de un trabajo que le permita además de desarrollarse en ambas facetas –madre y trabajadora- asegurar una calidad de vida a su menor.

Recordemos lo mencionado anteriormente, por medio del trabajo la madre gestante no solo percibiría una remuneración sino que además accede a beneficios sociales que hoy en día son inevitablemente inherentes al trabajo. Así, por ejemplo el seguro médico de EsSalud es otorgado cuando uno está en planillas y es en efecto pagado por el empleador. De igual modo, la AFP u ONP, el ser aportantes surge a raíz de ser previamente trabajadora.

A lo mencionado, es clave agregar “el respaldo de prohibición de discriminación que también emana de la propia Constitución a través del artículo 2º que prohíbe la discriminación por razón de sexo; concordado, a su vez, con el artículo 103º del propio

---

<sup>32</sup> RUBIO CORREA, Marcial, Para conocer la Constitución de 1993, Fondo Editorial PUCP Quinta Edición, Lima 2015, p. 77

<sup>33</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00388-2013-PA/TC del 22 de abril de 2014, Consideración previa 7, p.2

texto constitucional, que impide la dación de leyes especiales fundadas en la diferencia de personas. Ello sumado a los distintos instrumentos internacionales ratificados por nuestro país que se pronuncian en idénticos términos (específicamente la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y los Convenios 100,111 y 156 de la OIT), así como –en el ámbito estricto de las relaciones laborales-, al artículo 26° de la constitución, que consagra el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación, deberían ser elementos suficientes para impedir cualquier tipo de discriminación de la mujer en el acceso, promoción y conservación del empleo”.<sup>34</sup>

Por todo ello, habiendo concluido en que nuestra Constitución contempla y direcciona esta especial protección, la misma que además es acorde con un marco internacional cada vez más esforzado en lograr una igualdad de las mujeres en el mundo del trabajo. Nos resulta de trascendencia poner, una vez más, sobre la mesa al máximo intérprete constitucional y evaluar si, en lo estricto, su interpretación de la Constitución va acorde a lo concluido.

*i) El Tribunal Constitucional y el deber de protección a la madre gestante*

Iniciamos el presente análisis precisando que resulta cierto aceptar que la Constitución no detalla qué nivel de protección debe garantizarse a las madres, pero en todo caso, “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 pre gestacional y adecuada atención y protección al recién nacido”.<sup>35</sup>

Siendo ello así concluido por el propio Tribunal Constitucional; a continuación citamos una de las sentencias más emblemáticas en la materia. La sentencia del Expediente N°05652-2007-PA/TC, cuya demandante GAMBINI VIDAL, no solo desarrolla de una manera extensa el tema sino que involucra un pronunciamiento acorde a la línea que, en efecto, marca la Constitución.

---

<sup>34</sup> BOZA PRO Guillermo, Los sujetos laborales especialmente protegidos en la constitución de 1993, Taller Derecho, Lima 2002, P. 182.

<sup>35</sup> Sentencia recaída en el Expediente N° 03861-2013-PA/TC del 29 de octubre de 2013.

De tal modo, en el numeral 19 el Tribunal señala que “tanto la prohibición de discriminación como el derecho a la igualdad ante la ley pueden implicar tratos diferenciados, siempre que posean justificación objetiva y razonable, es decir, que el tratamiento desigual no conduzca a un resultado injusto, irrazonable o arbitrario. El derecho a la igualdad no impone que todos los sujetos de derecho o todos los destinatarios de las normas tengan los mismos derechos y las mismas obligaciones. Es decir, no todo trato desigual constituye una discriminación constitucionalmente prohibida, sino solo aquella que no está razonablemente justificada”.<sup>36</sup>

Por tanto, la protección brindada a la madre, se logra debido a que ésta resulta un sujeto de especial protección dado el hecho objetivo de la gestación, hecho natural y único que involucra solo a la mujer y que como tal impedirá un trato igual frente al hombre.

Con ello, precisa que la gestación es un hecho natural que solo involucra a la mujer y que como tal, justifica la existencia de un trato diferente que, mediante acciones positivas, permitan combatir la vulnerabilidad a la que ésta está expuesta. Vulnerabilidad que no solo se agotará en su persona sino que involucra también al menor; el cual debe ser protegido desde su concepción, permitiéndole no solo crecer con seguridad económica sino también en cuanto a salud y servicios que el Estado le brinda y que los percibirá a través de su madre trabajadora.

Por tanto, consideramos que para lograr ésta se harán necesarios límites que, en efecto, blinden a los sujetos involucrados de aquellas situaciones en las cuales puedan ver vulnerados sus derechos.

---

<sup>36</sup> Sentencia recaída en el Expediente N°05652-2007-PA/TC del 6 de noviembre de 2008.

### **CAPITULO III**

#### **EL MARCO NORMATIVO CONDUCTOR AL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA**

##### 5. Contexto normativo internacional.

El desarrollo del marco de derecho a nivel internacional y su innegable impacto en el mundo del derecho laboral, trae hoy a colación la relevancia del compromiso asumido por todos los Estados de “respetar, promover y realizar principios siguientes: libertad sindical, reconocimiento efectivo del derecho a negociación colectiva, eliminación de todas las formas de trabajo forzoso y obligatorio, real abolición del trabajo infantil y eliminación de la discriminación respecto del empleo y ocupación”.<sup>37</sup>

En tal sentido, el Perú, parte de los Estados miembros de la Organización Internacional del Trabajo, asume el compromiso citado líneas arriba y se obliga a generar y respetar principios como el de la eliminación de la discriminación en cuanto a acceso a puesto de trabajo y oportunidades. Es por tal razón que consideramos de intrínseca relevancia el desarrollar los convenios ratificados por el Perú en la mencionada materia y dilucidar con mayor claridad cuál es el real mandato constitucional que se da al legislador a fin de la creación y modificación de la normativa infra constitucional.

##### *j) Convenio N° 100 OIT.*

Ratificado por nuestro país el 01 de febrero de 1960 y estando en vigor hasta el día de hoy, el convenio aborda lo relativo a la igualdad en cuanto a remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina. De esta manera, cita a través de su artículo segundo que “todo miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los

---

<sup>37</sup> La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento fue adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 86° reunión; siendo que el 18 de junio de 1998, se renueva el asumir un compromiso universal por parte de todos los miembros, incluso si no han ratificado los Convenios de respetar principios que traspasando el mundo laboral ahondan en la calidad humana de cada trabajador. <http://www.ilo.org/inform/online-information-resources/research-guides/labour-law/lang-es/index.htm>

trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”.<sup>38</sup>

Por tal motivo, el país miembro promoverá el cumplimiento del objetivo ya sea a través de la propia actividad legislativa como de las negociaciones colectivas que pudiesen llevarse a cabo en los sectores. Es decir, la labor del estado es promover a nivel transversal acciones que incentiven la igualdad remunerativa entre hombres y mujeres.

k) *Convenio N° 156 OIT.*

Continuando con el objetivo de promover el empleo a través de la protección de las personas – precisamente de las mujeres- el 16 de junio de 1986, fue ratificado el Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras respecto a las responsabilidades familiares que éstos pudiesen tener.

En ese sentido, “tomando nota de las disposiciones, de los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo que tienen por objeto garantizar la igualdad de oportunidades y de trato entre los trabajadores de uno y otro sexo, especialmente del Convenio y la Recomendación sobre igualdad de remuneración, 1951; del Convenio y la Recomendación sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, y de la parte VIII de la Recomendación sobre el desarrollo de los recursos humanos, 1975; recordando que el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, no hace referencia expresa a las distinciones fundadas en las responsabilidades familiares, y estimando que son necesarias normas complementarias a este respecto. Tomando nota de los términos de la Recomendación sobre el empleo de las mujeres con responsabilidades familiares, 1965, y considerando los cambios registrados desde su adopción”<sup>39</sup>, el Convenio N° 156 es de aplicación general a trabajadores y trabajadoras; considerando que ambos pueden generar responsabilidades hacia hijos u otros familiares que los requieran. Bajo tales términos, se procura generar la igualdad efectiva en tanto oportunidades de empleo a los trabajadores con cargas familiares; los cuales son, mayoritariamente, identificados con las mujeres.

---

<sup>38</sup> Convenio N°100 OIT, artículo 2 numeral 1.

<sup>39</sup> Preámbulo del Convenio N° 156

*l) Convenio N° 111 OIT*

Girando en torno a la discriminación en materia de empleo, el Convenio 111 es el resultado del compendio y análisis de consideraciones como la Declaración de Filadelfia, la cual afirma que “todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades; sumándole a ello que además la discriminación constituye una violación de los derechos enunciados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se adopta así el citado Convenio el veinticinco de junio de 1958”.<sup>40</sup>

Su objetivo, como su propio nombre lo dice es erradicar la discriminación en materia de empleo y ocupación; procurando con ello la participación de mujeres en igualdad de oportunidades que los hombres.

*m) Convenio N° 183 OIT.*

En mayo del año 2016 el Perú se convirtió en el país número treinta y dos en ratificar el convenio 183 y con ello se unió al objetivo de proteger la maternidad de la mujer trabajadora. Es importante resaltar que “esta ratificación es la cuarta proveniente de Latinoamérica y el Caribe, y consecuentemente incluye al Perú dentro del grupo limitado de países que han ratificado los cuatro convenios esenciales relativos a la igualdad de género”<sup>41</sup>.

Con su ratificación, demostramos a los ojos del derecho internacional que asumimos el firme compromiso de asegurar igualdad mediante estrategias legales laborales que, a su vez, brinden condiciones óptimas para el desarrollo profesional de la mujer. El Perú afirma así que promueve una protección femenina que asegure a ésta población su acceso y permanencia en el puesto de trabajo, evitando vulneraciones en razón de género y maternidad. A ello, es necesario agregar otros instrumentos que conversan con los específicos respecto a igualdad laboral y que promueven el bienestar tanto de la mujer como del niño.

---

<sup>40</sup> Preámbulo del Convenio N° 111

<sup>41</sup>[http://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/maternity-protection/WCMS\\_483223/lang--es/index.htm](http://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/maternity-protection/WCMS_483223/lang--es/index.htm)

*n) Pacto internacional de los D.E.S.C. ratificado por el Perú en 1978.*

Entre los puntos relevantes para el tema en cuestión podemos precisar: la obligación de no discriminación, el derecho de acceso al trabajo, resaltando la importancia de generar la posibilidad de acceso de la mujer al empleo. De igual modo, el derecho a la estabilidad en el empleo y el derecho a la protección de la familia, garantizando al niño una alimentación desde la lactancia.

*o) Protocolo facultativo Adicional a la convención americana sobre Derechos Humanos (San Salvador) ratificado por el Perú en 1997.*

El cual consagra “el derecho al trabajo, el mismo que incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada”<sup>42</sup>. Asimismo, establece las denominadas condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo, las cuales a través del inciso (d) mencionan “la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional”<sup>43</sup>

*p) Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.*

La Convención obliga a los Estados Partes a respetar los derechos enunciados en la presente Convención y asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

Del mismo modo, “tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”<sup>44</sup>. Comprometiéndose a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abusos sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular,

<sup>42</sup> Artículo 6º del Protocolo Facultativo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>43</sup> Artículo 7º del Protocolo Facultativo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>44</sup> Artículo 2º de la Convención Internacional sobre derechos del niño.

todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos<sup>45</sup>.

Con lo mencionado, el marco internacional ofrece pues una consecuencia lógica que podría definirse de la siguiente manera: proteger a la mujer equivale a proteger a la madre; con lo que a su vez protegemos a los hijos y, por ende, se protege a la familia.

Aunado a ello, el siguiente instrumento internacional que a continuación abordaremos, representa mayor fuerza en lo que respecta a la mujer y su vida laboral, motivo por el cual pasaremos a exponer a continuación, buscando con ello reforzar aún más nuestra propuesta.

q) *La Convención sobre Eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer*

La cual cita dentro de los motivos de su creación que considerando que los Estados Partes en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos tienen la obligación de garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos (...) Convencidos de que la máxima participación de la mujer en todas las esferas, en igualdad de condiciones con el hombre, es indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz (...) Teniendo presentes 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. Reconociendo que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer

---

<sup>45</sup> Artículo 34º de la Convención Internacional sobre derechos del niño.

es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia<sup>46</sup>.

En tal sentido, cita a través de su artículo 11º incisos 2 y 3 lo siguiente:

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

- a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;
- b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales;
- c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños; prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

3. La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda<sup>47</sup>.

De este modo, hoy en día se hace insuficiente que los Estados protejan únicamente el acceso al puesto de trabajo; siendo exigible la seguridad, efectiva, de lograr permanecer en él. Incluso con la Recomendación 95º OIT se busca asegurar hoy en día el retorno al puesto de trabajo.

Es por ello, que el verdadero reto del derecho del trabajo es hoy conseguir que la mujer ostente un puesto de trabajo y genere continuidad. Entendiendo ello como la

---

<sup>46</sup> Comentarios a la Convención sobre Eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer - CEDAW

<sup>47</sup> Artículo 11 de la Convención sobre Eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer:

oportunidad de tener una línea de carrera y un crecimiento. No debiendo ser el estado de gestación un motivo de frustración a una preparación para la vida del trabajo que cada vez más mujeres, por no decir la totalidad, tienen.

Con el marco internacional desarrollado líneas arriba, se hace necesario traer al análisis a nuestra actual Constitución. Es decir, abordar a los artículos constitucionales que enfatizan y direccionan la labor legislativa en cuanto a protección del propio derecho de trabajo y, aterrizar, en su óptica de protección a la mujer en tal esfera.

#### 6. El Contexto normativo nacional.

El Perú como país no es ajeno a las innovaciones internacionales descritas anteriormente. Nuestra regulación laboral nacional, siendo vista desde la perspectiva del género, encuentra dificultades que con implicancias laborales ocasionan perjuicio en cuanto incorporación y permanencia femenina en el mercado laboral.

A diferencia de otros países, el nuestro, enmarca la problemática laboral en un contexto de informalidad que alcanzando el 70% genera una realidad laboral aún más compleja. En términos laborales, encontramos una problemática bastante particular que nos lleva a cuestionarnos respecto a la implementación legal de una normativa que buscando la progresividad en tanto protección de derechos, sigue encontrándose con barreras sociales que trastocan el objetivo de la misma.

##### *r) Leyes especiales promulgadas a favor de la mujer trabajadora en estado de gestación.*

A continuación desarrollaremos un recuento de todas las leyes que han sido promulgadas en función al estado de gestación que podría atravesar una trabajadora. En ese sentido, analizaremos las principales características de estas normas, vistas desde la perspectiva del género.

##### *ii. Licencia por maternidad*

Comúnmente conocida como el derecho al descanso pre y post natal debemos mencionar que su regulación la encontramos a través de la Ley N° 26644 la misma que

habiendo sido modificada por la Ley N° 30367 hoy en día amplía el periodo de descanso de 90 a 98 días y además protege a la madre gestante frente al despido arbitrario. Siendo desarrollada ésta ley a través del D.S 002-2016-TR.

Con la licencia por maternidad, el legislador pone en manifiesto su consciencia frente al momento de la gestación y el alumbramiento; considerando así la situación física y mental especial que éstos involucran.

Hablamos de un cambio físico y psicológico en la mujer. Tales efectos no siempre va referido al mal llamado por muchos “simple hecho” de dar a luz; sino que, es necesario comprender que éstos pueden venir acompañados además de complicaciones en el parto no premeditadas y de efectos secundarios “post parto” que obligarán a la gestante a un descanso y recuperación en salud que se tornan necesarios.

Por tanto, el legislador considera en la referida licencia dos aspectos: (i) el efecto del parto en la mujer como sujeto individual, pero no olvida (ii) el tiempo necesario que ésta deberá impartir en el recién nacido. Por ende, aun y cuando la recuperación es un hecho innegable, el compartir tiempo madre-recién nacido es fundamental.

Ésta licencia, muestra pues una flexibilidad que le permite a la mujer diferirlo y acumularlo en función a sus propias necesidades, pudiendo acumularlo total o parcialmente. Entonces nos preguntamos, por qué brinda tal opción el legislador. La respuesta es sencilla, cada mujer vive y enfrenta el proceso de gestación y el nacimiento del niño o niña de manera diferente, cada una debe pues emplear este tiempo de la manera en la cual le sea más beneficioso tanto a ella como al recién nacido; teniendo además la tranquilidad de que en su centro de trabajo las condiciones no serán alteradas y que a su retorno podrá seguir laborando sin impedimentos o cambios que arraiguen un menoscabo en sus derechos.

### *iii. Hora de lactancia materna*

Posterior al goce del periodo denominado Licencia por Maternidad – periodo post natal- el legislador otorga la denominada hora de lactancia; así, a través de la ley N° 28731, la madre tiene permiso de una hora diaria hasta que el menor tenga un año de vida para establecer, a través de éste tiempo, el vínculo propio madre-hijo mediante la alimentación a éste último.

Es importante observar que la ley de hora de lactancia nos expone como consideración principal que la alimentación del menor es un hecho de relevancia para el legislador; pero que además es necesario otorgar, mediante ley, el permiso para la salida de la madre a fin de que pueda dedicarse ésta hora a la tarea de alimentarlo sin menoscabo del pago de la remuneración como si existiera trabajo efectivo. Es así como, el beneficio otorgado por ley es irrenunciable e insustituible. Toda mujer gestante tiene el derecho a gozar de ésta hora (sea antes de iniciar las labores o una hora antes de terminarlas) y percibir su remuneración completa.

#### iv. *Protección especial frente al despido*

La madre gestante goza de especial protección frente al despido arbitrario; tal hecho está estipulado a través del artículo 29º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. La cual fue a su vez modificada por la Ley N° 30367 y que detalla en la actualidad que “es nulo el despido que tenga por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir.

Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa”.<sup>48</sup>

El citado artículo contempla la posibilidad de la configuración de un despido nulo, instaurando la gestación como un motivo que no constituye causa justa. Asimismo, el legislador se encarga de configurar la presunción automática de que el despido ha sido llevado a cabo por esta razón si es que el empleador no logra probar la existencia de una causal propia de las estipuladas para el despido.

Pese a ello, esta protección parece encontrar una objeción al momento de realizar una interpretación literal del artículo. Así, cuando el legislador precisa “*Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado*

---

<sup>48</sup> DECRETO LEGISLATIVO N° 728, artículo 29º. (s.f.).

*documentalmente del embarazo en forma previa al despido (...)* pareciera que supedita la protección contra el despido nulo al previo conocimiento documentado del empleador. Es decir, la interpretación literal de la norma podría llevarnos al supuesto de entender que se configurará el despido nulo mencionado solo si la madre gestante cumplió con informar a su empleador del estado de gestación utilizando solo tal formalidad.

Sin embargo, entender ello y pretender argumentarlo devendría en un absurdo que supedita la protección contra el despido a una mera formalidad. Es así como, el estado de gestación y el supuesto especial que el propio ordenamiento legal estipula en el artículo 29° no pueden depender de ello; no resulta coherente ni proteccionista argumentar que la protección se activará siempre que haya mediado un documento, formal, escrito, a través del cual se tome conocimiento de un estado que arraiga cambios físicos que saltarán a la vista.

En ésta línea encontramos como punto de principal argumentación a la Casación N° 275-2005 – Arequipa de noviembre del año 2006. Mediante la cual la Corte Suprema declara que con la mencionada exigencia –notificación documentaria- lo que se buscó fue evitar despidos arbitrarios a mujeres que no traslucen su real situación especial, de allí que se requiera en este caso como requisito sine qua non la comunicación documental al empleador, pues de lo contrario no sería posible presumir que el despido efectuado se encontró en razones discriminatorias contra la gestante.

Frente a ello, (...) Distinta es la situación cuando el estado de gestación es evidente por el desarrollo del feto, resultando razonable entender que la madre trabajadora se encuentra igualmente protegida frente a despidos, en atención al precepto constitucional señalado en el despido por gestación, se debe entender que tal despido tiene como fundamento la discriminación por embarazo (...) concluyendo que “ en el proceso quedó fehacientemente acreditado que aquella –demandada- tenía conocimiento de su embarazo el cual era evidente y notorio, por lo que la causal establecida en el inciso “e” del Decreto Supremo N° 003-97-TR se configuró.

Por tanto, no podemos interpretar el artículo a la luz de una literalidad tal que nos lleve a hacer prevalecer el trámite escrito y la existencia de documentación que acredite conocimiento cuando el estado de gestación es evidente.

v. *En materia de Seguridad y Salud en el Trabajo*

Otra norma que regula la especial protección de la madre gestante es la ley N° 28048 y sus normas reglamentarias reguladas a través del D.S N° 009-2004-TR.

A través de éste el legislador involucra una vez más la especial protección al estado de gestación e impone que, al existir riesgos que puedan generar un peligro para la madre y el menor, se deberá asignar a la mujer gestante labores que no arraiguen tal peligro. Ello, poniendo énfasis en que, aun y cuando medie un cambio de labores, tal efecto no traerá consigo una afectación a sus derechos laborales, dígame con ello disminución de sueldo, tratos que involucren renuncia a derechos o, incluso, desvinculación.

Por todo lo mencionado, podemos reafirmar que la madre gestante goza de un trato especial brindado por el legislador. El mismo que, a su vez, lo brinda en obediencia y concordancia con lo estipulado a nivel constitucional.

La madre gestante es un sujeto de especial protección y con los ejemplos legales referidos, consideramos que el ordenamiento legal ha generado en parte concordancia con lo estipulado desde la Constitución. Pese a ello, la imposición para el legislador en la tarea de seguir trabajando progresivamente a fin de conseguir elementos efectivos y eficientes que generen mayor protección a la gestante, existen regulaciones contenidas en la propia Ley de Productividad y Competitividad Laboral con lejos de conversar con el mandato constitucional, al ser analizadas desde la perspectiva del género, se convierten en referentes de limitación y desprotección.

s) *Figuras legales que confrontan con la especial protección desde los pronunciamientos del Tribunal Constitucional*

vi. *El Periodo de Prueba y su no superación como causa válida de la terminación laboral en el caso de la trabajadora gestante, inclusive*

Es conocido que en contraste con otras relaciones jurídicas de muy corta duración, la del trabajo nace normalmente para prolongarse en el tiempo. Es, por otra parte, una relación en la que las condiciones personales de los sujetos pueden llegar a tener una importancia fundamental para su continuidad y mejor desarrollo. De ahí surge la conveniencia de que trabajador y empleador prueben o ensayen en la práctica si esa relación responde o no exactamente a sus expectativas, si satisface o no sus

respectivos intereses, aunque es lo cierto que se trata de una bilateralidad *atenuada*, en la medida en que puede satisfacer más los intereses del empleador.<sup>49</sup>

Entendiendo la doctrina por periodo de prueba a aquel tiempo necesario para el conocimiento mutuo, en términos laborales, por parte del trabajador y empleador; a fin de configurarse una continuidad de la relación laboral. Es fundamental entender la regulación que a la mencionada descripción nuestro ordenamiento le brinda.

En tal sentido, siendo el periodo de prueba una figura creada por el ordenamiento infra constitucional, nuestra legislación lo regula, a través del artículo 10 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral precisando su conceptualización y plazos de duración.

#### Artículo 10-

El periodo de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario. Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un periodo de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del periodo de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el periodo inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección”<sup>50</sup>

En explicación a ello, ARCE ORTIZ comenta que la ley estipula así la existencia de un periodo de prueba de tres meses, el cual a primera lectura parecería estar revestido de una aparente redacción imperativa. Así, “una interpretación basada en la ratio legis de la misma debe llevarnos a pensar que estamos ante una norma de máximos de derecho necesario (vg., una norma que impone un “techo” dejando a la autonomía privada, ya a través de contratos individuales, convenios colectivos o costumbres, plena libertad para pactar por debajo del límite de tres meses)”. Sin embargo, y siguiendo la opinión del autor, “la Ley lejos de establecer un “techo” establece y regula ampliaciones de manera concreta respecto a labores que podrían requerir de periodos de capacitación, adaptación o cuando la propia naturaleza de las funciones lo determine así. Supuestos

<sup>49</sup> MARTIN VALVERDE, Antonio, Derecho del Trabajo, Editorial Tecnos, Madrid 1996, p.485

<sup>50</sup> Decreto Legislativo N° 728 (D.S. N° 003-97-TR de 27.3.97), artículo 10

que solo pueden ser conocidos a cabalidad por las propias partes y no por el legislador.<sup>51</sup>

Siendo así, el ordenamiento regula un periodo de prueba legal -tres meses que se constituyen como regla general- y uno convencional que, girando en torno a la naturaleza de las funciones, será determinado por acuerdo de las partes pero cuyo plazo se encuentra también regulado -seis meses o un año-.

Dada la regulación, es importante precisar en palabras de MARTIN VALVERDE que “la regulación de la duración es quizás uno de los aspectos más problemáticos, al no coincidir en éste los intereses de uno y otro sujeto de la relación; normalmente el trabajador tenderá a que el periodo de prueba sea lo más corto posible, con el objeto de conseguir rápidamente la fijeza de la relación jurídica, mientras que el empresario tenderá a prolongarlo más para hacer más efectiva la prueba antes de que la relación se consolide”. Asimismo, el autor pronunciándose respecto al periodo de prueba y a la propia relación laboral menciona que “una diferencia muy importante, sin embargo, separa al periodo de prueba de la situación normal de la relación laboral de trabajo, lo que precisamente constituye su característica específica, que responde así a su propio significado: los efectos son los mismos que los de la relación laboral definitivamente constituida excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso”.<sup>52</sup>

De este modo, resulta claro que durante el periodo de prueba ambas partes pueden desistir de continuar la relación laboral sin causa o motivo que objetivamente lo amerite. Esto quiere decir que en la situación exacta del empleador, éste podrá alegar la no superación de este periodo –referida al cumplimiento no adecuado o esperado del rendimiento del trabajador - causa que inevitablemente deviene en subjetiva.

Así, pensamos que, dada la situación de desigualdad en la cual se encuentran ambas partes de la relación laboral, es mucho más factible que sea el empleador quien decida no continuar con la prestación de servicios a que sea el trabajador. Con ello, a nuestro entender el periodo de prueba traspasa las fronteras de un adecuado conocimiento, permitiéndole al empleador dar término a la relación laboral sin que medie causa

---

<sup>51</sup> ARCE ORTIZ, Elmer, Estabilidad Laboral y Contratos Temporales, Lima, Departamento Académico de Derecho de la PUCP, 2006. P. 52

<sup>52</sup> MARTIN VALVERDE, Antonio, Derecho del Trabajo, Editorial Tecnos, Madrid 1996, p.486

adicional que justifique ello. De tal manera, el empleador puede caer en un abuso del derecho que le brinda ésta figura y terminar “válidamente” relaciones laborales argumentando única y exclusivamente la no superación del periodo de prueba.

Es por ello que, encontrándose el trabajador ante una clara exposición a la arbitrariedad, considerando que la regulación de la cual goza ésta figura no es acorde con la Constitución; ya que no se estaría brindando una adecuada protección sino que por el contrario se expone al trabajador a una desprotección en tanto estaría sujeto al arbitrio del empleador no solo durante tres meses sino también seis meses o hasta un año, según sea el caso. Llegando tales plazos a prevalecer sobre el propio estado de gestación, inclusive; tal y como lo ha determinado el propio Tribunal Constitucional a través de sentencias como las detalladas en las líneas siguientes.

(i) *Sentencia del Expediente N° 01969-2012-AA/TC.*

Caso referido a la demanda entablada por Kathy Elizabeth Portocarrero Ramírez contra Telefónica Servicios Comerciales S.A.C, en cuyo pronunciamiento el Tribunal determinó que “dado que de los autos no se ha acreditado la desnaturalización del convenio de formación profesional y habiéndose advertido que la actora no superó el periodo de prueba, la sociedad demandada no vulneró los derechos de defensa y al debido proceso de la demandante; en consecuencia no corresponde amparar la presente demanda”.<sup>53</sup>

En el caso detallado, el Tribunal no se detiene a estudiar la mencionada no superación del periodo de prueba alegada por la demandada. Para el Colegiado es suficiente que el término se haya producido dentro de los tres primeros meses para desamparar a la demandante y declarar así infundada la demanda.

(ii) *Sentencia del Expediente N° 01057-2002- AA/TC*

En el mismo sentido, en la demanda interpuesta por Marco Antonio Lovera Chauca contra el Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martin, por medio de la cual el demandante solicita se deje sin efecto el despido llevado a cabo a los dos meses y 13 días de iniciadas sus labores. Frente a ello, el demandado señala que el actor no

---

<sup>53</sup> Sentencia del Expediente N° 01969-2012-AA/TC-Huánuco

aprobó la evaluación de desempeño a la que fue sometido, motivo por el cual estando dentro de los tres meses de periodo de prueba, éste último no había sido superado.

Así, la demanda no resultó amparable debido a que no se acreditaba la vulneración de derechos (no discriminación, defensa y debido proceso). De tal manera, al existir una prueba de aptitud, ésta demuestra compatibilidad con el periodo de prueba. Siendo ésta la prueba de que el demandante no podía adaptarse a las exigencias del puesto a desempeñar.

Consideramos que en este caso, la situación amerita el pronunciamiento acertado por parte del Tribunal Constitucional. Dado que, en efecto, el demandado había desarrollado evaluaciones de desempeño y aptitud para calificar a la persona; siendo ésta una prueba fehaciente de que no cumplía con las exigencias que el propio puesto exigía.

Por tanto, esta sentencia constituye una excepción a la omisión que muestra nuestra legislación actual. La misma que no establece la necesidad de justificar la extinción laboral dentro del periodo de prueba. Pese a ello, en el caso en cuestión, el demandado cumple con acreditar ésta no superación, dotando de objetividad a la figura tratada.

*(iii) Sentencia del Expediente N° 02214-2012-PATC*

La demandante Kely Yohana Páucar Hanco, quien había ingresado a laborar a la Contraloría General de la República mediante concurso público, obtiene un pronunciamiento que declara infundada su demanda debido a que la actora no superó el periodo de prueba. El mismo que fue pactado de manera convencional por las partes por el plazo de seis meses.

Mediante ésta sentencia, el Tribunal utiliza dentro de los varios criterios el referido a que “la demandante no pudo acreditar que las funciones no justificaban una extensión del periodo pactado y tampoco acreditó supuesto alguno de vulneración de derechos fundamentales para que su demanda sea amparada”.<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup> <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/02214-2012-AA.pdf>

Con ello, ratifica su posición respecto a que la no superación del periodo de prueba arraiga la no vulneración de los derechos.

En síntesis, dados los ejemplos citados, concluimos que resulta cuestionable la posición por la cual se opta para atender las demandas citadas e interpretar la figura del periodo de prueba. Llegando incluso a concluir que durante su vigencia no se vulnera ningún derecho del trabajador. Ello es de por sí alarmante; siéndolo más cuando es el máximo intérprete de la Constitución el que considera la prevalencia del legislador sobre el mandato constitucional.

Sin embargo, el periodo de prueba no es la única figura legal que en el presente trabajo pretendemos analizar. En ese sentido, traemos a colación una segunda figurada regulada infra constitucionalmente que, consideramos, también goza de prevalencia frente a los derechos que la constitución busca proteger.

*vii. Calificación como trabajador de dirección y confianza en el ordenamiento peruano.*

Para comprender qué entiende la legislación vigente por trabajador calificado o de confianza, citamos en primer lugar el artículo que contempla la figura.

Artículo 43.-

Personal de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros y que lo sustituye o que comparte con aquel las funciones de administración y control y de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial.

Trabajadores de confianza son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquéllos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.<sup>55</sup>

---

<sup>55</sup> Decreto Legislativo N°728 (D.S. N° 003-97-TR de 27.3.97), artículo 43

En ese sentido, un trabajador de confianza reviste la particularidad de este elemento (la confianza), como resultado de la propia relación laboral. Es decir, no depende de la persona – el trabajador- sino de la propia realización de funciones, las tareas a realizar y la conexión que tales tienen con el empleador. Así, siendo tal el grado de acercamiento con éste y su posición, se hace fundamental la confianza proveniente de uno en el otro. Tengamos en cuenta como ejemplos las participaciones en toma de decisiones, conocimientos de secretos propios de la empresa, etc.

Por tanto, notamos que las funciones desempeñadas por este tipo de trabajadores contienen una especial importancia. Frente a ello, si llevamos la mencionada calificación a la gestación, debemos preguntarnos si la pérdida de confianza podría ser alegada y prevalecer frente a la estabilidad laboral de la gestante como sujeto de especial protección.

Para tal efecto, analizaremos una sentencia que contemplando los supuestos descritos es desarrollada por el Tribunal Constitucional en el año 2012.

(iv) *Sentencia del Expediente N° 02456- 2012-PA/TC*

En el presente caso la demandante sustenta que se ha configurado un despido sin causa justificada. Aun y cuando la demandada conocía que se encontraba en estado de gestación; motivo por el cual argumenta la existencia de un despido discriminatorio.

Frente a ello, la demandada contesta la demanda sustentando que entre la Sociedad y la demandante se celebró un contrato sujeto a modalidad, Asimismo, el contrato cumplió con establecer un periodo de prueba que no fue superado por la demandante. En ese sentido, la duración del contrato de trabajo y del periodo de prueba consignado era de 06 meses.

Siendo los hechos descritos los presentados al máximo intérprete de la Constitución, éste considera válida la terminación de la relación laboral por la no superación del periodo de prueba; aun y cuando la trabajadora se encontraba con ocho meses de gestación. La sentencia, no muestra mayor análisis de la validez de la calificación, ni de los principios propios del derecho al trabajo como lo es el de primacía de la realidad.

Por tal motivo, a continuación nos permitimos analizar lo descrito. En tal sentido, una primera observación es que el puesto para el cual la demandante fue contratada fue el de visitadora médica; siendo que dentro de las funciones de un visitador médico se encuentra la promoción y venta de los productos ya listos que entrega la empresa farmacéutica. Es decir, un visitador médico propiamente no conoce el procedimiento de fabricación de los productos que ofrece, sino que básicamente conoce las características que como público general todos conocemos.

Vale precisar, que tales características son las referidas a las propiedades, beneficios y compuestos que ostenta el producto médico. Siendo justamente esta información la que expone a los médicos o clientes en general. Por lo que, calificarlo como personal de confianza resultaría no válido en términos legales dado que la naturaleza de sus funciones no reviste las características que la propia ley estipula.

Con la mencionada explicación, pretendemos demostrar que en efecto y por el principio de primacía de la realidad, el puesto de visitador médico no podría ser válidamente calificado y por ende siendo ésta la única opción legal para estipular un periodo de prueba mayor a los tres meses, consideramos que la cláusula del contrato firmado deviene en nula; ya que solo se podrán estipular seis meses de periodo de prueba si el puesto es uno calificado como de confianza y en este caso, no lo sería.

Ahora bien, con ello no pretendemos que todo el contrato firmado se considere nulo, ya que “en función a la propia teoría de conservación del acto jurídico debería de existir una nulidad parcial del propio contrato basándonos en que la nulidad parcial pretende conservar la validez y eficacia del negocio jurídico en su totalidad. La nulidad de cláusulas concretas sobre la ejecución del contrato solo provoca la expulsión del contrato de tales cláusulas, pero con mantenimiento de la validez del contrato como tal”.<sup>56</sup>

En esa línea entendemos que “frente a un caso de nulidad de una cláusula, el ordenamiento prevé la sustitución automática de esta ya sea por una disposición legal o convencional”.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> CRUZ VILLALÓN, Jesús, Compendio de Derecho del Trabajo, Tecno, Madrid 2008, p.107

<sup>57</sup> TOYAMA, Jorge, Validez y eficacia del contrato de trabajo, Derecho PUCP N°68, Lima 2012, p. 457

Cabe precisar que el mismo autor cita como ejemplos de lo detallado “aquellos casos donde suscriben cláusulas que contravienen las normas como una calificación indebida como personal de confianza para extender el período de prueba, una consideración no adecuada a la realidad como trabajador no sujeto a fiscalización inmediata para evitar el pago de horas extras, un pacto de permanencia mínima sin una retribución o beneficio percibido por el trabajador, etcétera. En estos casos, la nulidad de las cláusulas respectivas no acarrea la nulidad del contrato”.<sup>58</sup>

De esta manera, al declararse nula la cláusula que estipulaba un periodo de prueba contrario a la ley; lo que correspondía era hacer prevalecer automáticamente el plazo legal de los tres meses que el artículo 10° del Decreto legislativo 728 estipula como común a todos los trabajadores ordinarios. En tal sentido, se debió de considerar que la actora ya había superado el periodo de prueba legal y por tanto contaba ya con protección frente al despido arbitrario. Deviniendo, su despido en nulo.

Pese a ello, en ninguna parte de la sentencia del Tribunal Constitucional encontramos un análisis profundo relacionado al periodo de prueba; sino todo lo contrario, se detalla en palabras simples que “la actora no ha cuestionado en la demanda ni en otra vía dicha ampliación del periodo de prueba, además que tampoco se ha presentado en el proceso documento alguno que permita acreditar que dicha ampliación sea fraudulenta”.<sup>59</sup>

Siendo así, omite hacer mención respecto al único elemento que podía haber desvirtuado el pronunciamiento final de éste Colegiado y más aún consideramos que se omite utilizar éste elemento que constituye pieza clave para lograr brindar protección eficaz frente al despido.

Por tanto, podemos concluir que, bajo a interpretación del Tribunal Constitucional, el periodo de prueba es una figura que arraiga consigo la desactivación de aquella protección que brinda tanto el derecho de trabajo como la propia Constitución. Prestemos atención a que estamos hablando no solo de la supresión del derecho a la estabilidad laboral sino de todos los demás también; incluido aquí el derecho a la especial protección del que goza la madre gestante.

---

<sup>58</sup> Ídem

<sup>59</sup> Fundamento 3.3.5 Sentencia del Expediente N° 02456-2012-AA/TC

## CONCLUSIÓN

En el marco de un Estado Constitucional de Derecho, la función del legislador debe obedecer y ser guiada por el mandato de la Constitución. En ese sentido, al ser la mujer considerada sujeto de especial protección, la labor legislativa debe pues centrarse en brindar de manera, cada vez más, progresiva y eficiente seguridad y protección.

La protección de la mujer, no es solo social, sino que repercute además en el ámbito laboral. Motivo por el cual, el desarrollo legislativo debe pues velar y asegurar un tratamiento pleno de la mujer como persona y también de la mujer como trabajadora.

La actualidad ha demostrado, que estando ya insertada en el mundo del trabajo, la verdadera tarea del derecho laboral es hoy asegurar su permanencia y estabilidad. Pretender que la mujer deba escoger entre ser trabajadora o ser madre, exponerlas a tal elección no es solo símbolo de injusticia sino además, muestra que la tarea del derecho es generar cada vez más protección. La misma que nos llevará a evitar vulneraciones disfrazadas de figuras “legales” que devienen en un abuso de derecho por parte de los empleadores y que, justifican aquello injustificable; violando así el marco constitucional de protección y el propio carácter tuitivo del derecho del trabajo.

La evolución normativa a nivel internacional ha conseguido pues, la regulación de figuras interesantes y efectivas, que están alcanzando aquello que nunca se debió perder: protección. Es por ello que, tomando como referentes a legislaciones internacionales como la española o, sin ir muy lejos, a la colombiana; nuestro ordenamiento debe pues trazarse el desafío de revocar la actualidad de desprotección y abusos, generando cambios sustanciales y eficientes que procuren la inserción de la mujer a la formalidad laboral y su permanencia sin riesgos.

Creemos que ese es el fin de la estabilidad laboral reforzada, proteger con mayor intensidad a una mujer expuesta a un mayor riesgo adquirido a través de los prejuicios de la gestación; buscando asegurar el empleo que, al mismo tiempo, asegura la seguridad social, licencias remuneradas y por tanto el bienestar del niño o niña recién nacido. Siendo éste el verdadero desafío que, hoy por hoy, nuestro ordenamiento tiene como una asignatura pendiente.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARCE ORTIZ, Elmer  
2006 *Estabilidad Laboral y Contratos Temporales*, Lima, Departamento Académico de Derecho de la PUCP
- BANCO MUNDIAL.  
(2015). Las mujeres en América Latina y el Caribe enfrentan barreras a las oportunidades económicas, señala el informe del Grupo Banco Mundial. Washington.
- BOZA PRO Guillermo,  
2002 *Los sujetos laborales especialmente protegidos en la constitución de 1993*, Taller Derecho, Lima.
- CABANELLAS, Guillermo  
1964 *Contrato de Trabajo, Parte General*, Vol. I Omeba, Bs. Aires.
- CEDLAS.  
(2015). Bridging gender gaps? the rise and deceleration of female labor force participation in Latin America. (M. M. GASPARINI Leonardo, Ed.) La Plata, Buenos Aires, Argentina: CEDLAS.
- Casación N° 275-2005- Arequipa, El Peruano. 2 de noviembre de 2006
- CRUZ VILLALÓN, Jesús  
2008 *Compendio de Derecho del Trabajo*, Tecno, Madrid.
- Constitución Política del Perú,  
1993

- Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer de las Naciones Unidas
- DE VAL TENA, Ángel Luis 1998 *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, Civitas, Madrid.
- DE LOS HEROS PÉREZ ALVELA, Alfonso 2004 *Los contratos de duración determinada: ¿regla o excepción? Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano*, Sociedad peruana en el derecho del trabajo y la seguridad social, Lima.
- Decreto Legislativo N°728 (aprobado por D.S. N° 003-97-TR de 27.3.97)
- Declaración Universal de los Derechos Humanos
- PASCO COSMOPOLIS, Mario 2012 *Los contratos temporales: exposición y crítica*, Derecho PUCP N°68, Lima.
- PASCO COSMOPOLIS, Mario 2001 *Contrato de Trabajo Típico y Contratos Atípicos, en Balance de la Reforma Laboral Peruana*, Ed. Industrial Papiros, Lima.
- MARTIN VALVERDE, Antonio 1996 *Derecho del Trabajo*, Editorial Tecnos, Madrid.
- Informe de la Comisión de Expertos encargada de revisar y actualizar el Proyecto de la Ley General del Trabajo.
- PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel 2010 *Derecho del Trabajo. 10° edición*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid.

- PARÉDEZ NEYRA Iván, HIGUCHI MATSUDA Giuliana 2015 *Constitucionalidad del Despido dentro del Periodo de Prueba, Dialogo con la Jurisprudencia N°175, Gaceta Jurídica, Lima.*
- RAE JURISPRUDENCIA LABORAL, 2009 *¿Es necesario notificar previamente al empleador, del embarazo de la trabajadora, para que se configure la causal de despido nulo?, Lima*
- RUBIO CORREA, Marcial 2015 *Para conocer la Constitución de 1993, Fondo Editorial PUCP Quinta Edición, Lima.*
- TOYAMA, Jorge 2012 *Validez y eficacia del contrato de trabajo, Derecho PUCP N°68, Lima.*
- Sentencia del Expediente N° 01969-2012-AA/TC
- Sentencia del Expediente N° 01057-2002-AA/TC
- Sentencia del Expediente N° 02456-2012-AA/TC
- Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-095 de 2008.
- Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-054-2011 en referencia al expediente T-2800772
- Sentencia recaída en el Expediente N° 04844-2008-PA/TC

- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00388-2013-PA/TC del 22 de abril de 2014.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de España N° 166/1988 de 26 de septiembre de 1988.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de España N° 17/2007 de 12 de febrero de 2007.

#### **PAGINAS WEB**

- [www.deutschepharma.com.pe](http://www.deutschepharma.com.pe)
- <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/02214-2012-AA.pdf>
- <http://www.gerencie.com/desconocer-el-estado-de-embarazo-es-una-excusa-valida-para-despedir-a-una-empleada.html>
- <http://www.gerencie.com/se-le-debe-renovar-el-contrato-de-trabajo-a-una-mujer-embarazada.html>
- <http://www.gerencie.com/derecho-fundamental-al-minimo-vital.html>
- <https://actualidadsociolaboral.blogspot.pe/2013/03/periodo-de-prueba-vs.derechos.html>
- [http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-60024\\_recurso\\_1.pdf](http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-60024_recurso_1.pdf)
- <http://www.bancomundial.org/es/news/feature/2016/05/04/el-ingreso-de-mujeres-al-mercado-laboral-se-estanca-durante-el-boom-en-latinoamerica>