

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

«Mecanismos de tutela especial del derecho al trabajo frente al despido discriminatorio, por razón de embarazo, durante el periodo de prueba»

Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

AUTOR:

César David Ojeda Quiroz

ASESOR:

César Augusto Lengua Apolaya

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20183638

2018

RESUMEN

La presente investigación parte del análisis tanto del contenido esencial del derecho al trabajo como de la naturaleza jurídica del periodo de prueba en la relación laboral, a fin de construir una línea argumentativa que permita, bajo los alcances -principalmente- de los principios de coherencia normativa y razonabilidad, (i) no solo sostener la «imposibilidad jurídica» de desvincular a una trabajadora embarazada durante el periodo de prueba cuando la causa no se refiera a la falta de idoneidad para el puesto y se lesionen derechos fundamentales, sino, debido a la reiterada jurisprudencia concluir que es necesario (ii) proponer la modificación del artículo 10 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Legislativo n.º 728, que regula el periodo de prueba, con el propósito de brindar mayor protección a los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada, en virtud de es un «sujeto de derecho especial».



CONTENIDO:

I.	INTRODUCCIÓN	4
II.	TUTELA DEL DERECHO AL TRABAJO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO	
2.1.	Contenido constitucional del derecho al trabajo	6
2.2.	Protección contra el despido arbitrario	10
2.3.	¿Todos los sujetos de derecho merecen el mismo grado de protección frente al despido arbitrario?	14
III.	EL PERIODO DE PRUEBA EN LA RELACIÓN LABORAL	
3.1.	Definición y naturaleza jurídica del periodo de prueba	17
3.2.	Regulación del periodo de prueba en derecho nacional	19
3.3.	Lesión de derechos fundamentales en el periodo de prueba. ¿Cuáles son los límites al poder de dirección?	21
IV.	TUTELA ESPECIAL DE LA TRABAJADORA GESTANTE EN EL PERIODO DE PRUEBA	
4.1.	Despido discriminatorio en el periodo de prueba. ¿Es legal la afectación de derechos fundamentales en este periodo?	23
4.2.	¿En qué consiste el «despido lesivo de derechos fundamentales»?	29
4.3.	Propuesta de modificación del artículo 10 del TUO de la LPCL. Acerca de una necesaria regulación de mecanismos especiales de protección en favor de la trabajadora embarazada	30
V.	CONCLUSIONES	32
VI.	BIBLIOGRAFÍA	33

I. INTRODUCCIÓN

«El mayor obstáculo al progreso de los pueblos es la fosilización de las leyes.»

José Ingenieros.

Cuando leemos «Las fuerzas morales» de José Ingenieros, inefable filósofo nacido en Italia, y nos encontramos con la frase citada, no podemos dejar de advertir que es necesaria la adecuación de toda norma jurídica a la realidad (ese es el «debe ser», no al revés), caso contrario, se asentaría la injusticia social, esa es la regla. Por tanto, es un absurdo sostener que pese a tener un ordenamiento jurídico que cuenta con disposiciones tuitivas, dirigidas a «sujetos de derecho especiales» (vg. madre trabajadora), estas no se cumplan o, lo que es igual desde un enfoque más específico, no se garantice la protección de los derechos fundamentales inherentes a la persona humana.

Desde esa premisa, nuestro punto de partida lo encontramos en el artículo 1 de la Constitución Política del Perú (CP), según el cual: *«La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.»* Ello quiere decir que la estructura normativa del Estado Social y Democrático de Derecho, del cual somos parte, tiende a proteger lo más «entrañable» del ser humano, su dignidad¹.

En consonancia con lo antes dicho, es coherente que según el modelo de Estado antes mencionado se brinde especial protección a determinados sujetos de derecho², entendiendo que estos, debido a su condición, están

¹ El escritor español Fernando Savater sostenía, en nuestra opinión no con poco acierto, que: *«La dignidad del hombre es lo que los hombres merecen, lo que pueden lícitamente reclamar a otros hombres; así pues la dignidad del hombre no es más que el reconocimiento recíproco de lo humano por lo humano, reconocimiento que busca institucionalizarse, con gran dificultad en la organización social.»* Citado por KRESALJA, Baldo y OCHOA, César (2009). Derecho constitucional económico (primera edición). Lima: Fondo Editorial de la PUCP, pág. 23.

² De acuerdo con el artículo 4 de la Constitución Política del Perú, estos sujetos de derecho son: el niño, el adolescente, la madre y el anciano en situación de abandono.

más expuestos a la afectación de su dignidad y, por ende, estén imposibilitados de desarrollarse adecuadamente en la sociedad.

En lo que respecta a las relaciones laborales, la doctrina jurídica destacó, hace más de cuarenta años, que la consideración debida de la dignidad del trabajador implica una actitud más exigente de estimación de la persona humana, de autolimitación del empresario, que no puede considerar a sus trabajadores como parte del instrumental³, sino como hombres unidos a él para realizar un fin común⁴.

En esa línea de análisis resulta coherente que, centrándonos en el caso de la trabajadora embarazada, forme parte de nuestro ordenamiento jurídico el Convenio n.º 183 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT⁵), a través del cual se le prohíbe al empleador despedir a una mujer embarazada, entendiéndose que dicha prohibición se extiende durante toda la relación laboral, lo cual incluye el periodo de prueba.

Como complemento a lo señalado en el párrafo precedente, si bien es cierto que el artículo 10 del Texto Único de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Legislativo n.º 728, aprobado por el Decreto Supremo n.º 003-97-TR (LPCL), dispone que el periodo de prueba en toda relación laboral -por regla- es de tres meses y dentro del mismo el trabajador no tiene protección contra el despido arbitrario, también es acertado sostener que esta disposición legal debe interpretarse en concordancia con el Convenio n.º 183 de la OIT.

³ Recordemos que en el literal a) del artículo I de la «Declaración de Filadelfia» (1944) se estableció que *el trabajo no es una mercancía*.

⁴ BAYÓN CHACÓN citado por PACHECO ZERGA, Luz (2007). La dignidad humana en el derecho del trabajo (primera edición). Navarra: Aranzadi, pág. 31.

⁵ Ratificado por Decreto Supremo n.º 012-2016-RE, el cual entró en vigor a partir del 9 de mayo de 2017.

Así pues, no obstante la necesaria concordancia normativa que debe existir en todo sistema jurídico, pareciera que -y de hecho los órganos jurisdiccionales y el Tribunal Constitucional (TC) así lo han señalado en sendas jurisprudencias- el supuesto de hecho que contempla el precepto legal antes citado («protección contra el despido luego de superado el periodo de prueba») se extiende también a un sujeto de derecho que -como dijimos líneas arriba- resulta más vulnerable y, por ende, requiere de una tutela especial por parte del Estado: la trabajadora embarazada.

En ese orden de ideas, si bien es cierto existe normativa internacional⁶ que -a nuestro juicio- es perfectamente aplicable al problema planteado bajo la invocación del «bloque de constitucionalidad», propondremos la incorporación de mecanismos tuitivos de carácter especial a través de la modificación del artículo 10 de la LPCL, en aras de evitar la configuración de un despido discriminatorio por razón de sexo, en agravio de la madre trabajadora durante el periodo de prueba, y garantizar con ello la adecuada protección de derechos fundamentales («específicos» e «inespecíficos») dentro de una relación laboral, tales como: la dignidad, el trabajo e igualdad.

II. TUTELA DEL DERECHO AL TRABAJO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

2.1. Contenido constitucional del derecho al trabajo

En el artículo 43 de la Constitución Política del Perú de 1993⁷ se reconoce que el Estado peruano es de tipo «social», esto es, su rol

⁶ Aparte del Convenio 183 de la OIT, conforme al segundo párrafo del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por el Estado peruano a través del Decreto Ley n.º 22129, existe una especial protección a las madres, antes y después del parto.

⁷ «Artículo 43.- ***La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de separación de poderes.***» (Énfasis agregado)

activo implica no solo el reconocimiento y garantía de los derechos sociales sino la creación de condiciones sociales y económicas que hacen posible los derechos fundamentales como realidades efectivas⁸. Dicho de otro modo, este tipo de Estado procura garantizar un mínimo coexistencial de bienestar; ergo, resguarda los aspectos materiales del goce de una existencia digna⁹.

Desde la premisa precedente, y a modo de pregunta, ¿realmente nos encontraríamos en un Estado Social de Derecho si, por ejemplo, no se tutelara adecuadamente el goce del derecho al trabajo? Sin duda, la respuesta es no, dado que ello afectaría la razón de ser de dicho Estado: la dignidad del ser humano.

En esa línea de análisis, resulta coherente señalar que todo derecho constitucional no solo tiene una justificación axiológica, la misma que incide en la prevalencia de la dignidad frente a cualquier interés, sino que cuenta con una doble dimensión, subjetiva o de libertad y objetiva o prestacional¹⁰.

⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2017). Derecho al trabajo y proceso de amparo. Lima: Palestra, pág. 9.

⁹ GARCÍA TOMA, Víctor (2010). Teoría del Estado y Derecho Constitucional. Lima: Editorial Adrus, pág. 177.

¹⁰ Cabe precisar que a nivel supranacional el enfoque es distinto, dado que su concepción es mucho más amplia. Sobre este enfoque, la Defensoría del Pueblo de Colombia señala lo siguiente: «A partir de lo dispuesto en los instrumentos internacionales de derechos humanos, particularmente, en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Protocolo de San Salvador, así como en los Convenios de la OIT ratificados por Colombia y en la Constitución Política, puede argumentarse que existen por lo menos dos dimensiones del derecho individual al trabajo: 1. el derecho al trabajo o el derecho a trabajar, y 2. los derechos en el trabajo. El derecho al trabajo se entiende como el derecho de toda persona a realizar una actividad lícita que le permita obtener medios que le garanticen a ella y a su familia una vida digna, en tanto que los derechos en el trabajo apuntan a que el trabajo realizado se desarrolle en condiciones justas, equitativas y satisfactorias que garanticen todos los derechos de los trabajadores.» (MOLINA HIGUERA, Angélica, 2005, «Contenido y alcance del derecho individual del trabajo». En: Defensoría del Pueblo Colombia – Serie DESC, pág. 17.)

Ahora bien, enfocándonos en la materia sobre la que discutiremos, en lo que respecta a la «dimensión de libertad», el derecho al trabajo atribuye a su titular la facultad de elegir libremente acceder o no a un puesto de trabajo, y -consecuentemente- elegir libremente permanecer en él¹¹. Asimismo, es de precisar que esta libertad es recogida en el numeral 15 del artículo 2 de la CP¹², según el cual:

«Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

[...]

15. A trabajar libremente, con sujeción a ley.

[...].»

Como se advierte de lo hasta aquí aseverado, el ejercicio de la «libertad de trabajo» debe abordarse desde tres aristas: (i) decidir si se trabaja o no, (ii) decidir en qué trabajar y (iii) decidir para quien trabajar; en consecuencia, toda afectación a cualesquiera de las expresiones de dicha libertad implica la lesión del «derecho al trabajo»¹³, posibilitando a que su titular, al amparo del numeral 10 del artículo 37 del Código Procesal Constitucional¹⁴, Ley n.º 28237, reclame su tutela mediante el proceso constitucional de amparo¹⁵.

¹¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Ob. Cit., pág. 227.

¹² El TC en la sentencia recaída en el Expediente n.º 008-2003-AI/TC (fundamento jurídico 26), de fecha 11 de noviembre de 2003, la define como «*el atributo para elegir a voluntad la actividad ocupacional o profesional que cada persona desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; así como de cambiarla o de cesar de ella.*».

¹³ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Ob. Cit., pág. 229.

¹⁴ «*Artículo 37.- El amparo procede en defensa de los siguientes derechos:*

[...]

10. Al trabajo.

[...].»

¹⁵ Sobre la viabilidad de tramitar esta pretensión en sede constitucional, debe considerarse previamente lo dispuesto en el precedente vinculante del TC recaído en el Expediente n.º 02383-2013-PA/TC (Caso: Elgo Ríos), de fecha 12 de mayo de 2015, el cual establece nuevas reglas procesales para acudir al proceso de amparo ante el supuesto de afectación del derecho al trabajo.

Por otro lado, en lo que corresponde a la «dimensión prestacional», el sustento constitucional de esta la encontramos en el artículo 22 de la CP, según el cual:

*«Artículo 22.- **El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.**» (Énfasis agregado)*

Respecto de esta disposición constitucional, el TC, en la sentencia recaída en el Expediente n.º 00263-2012-AA/TC, señaló que:

*«3.3.1. El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22º de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. **El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa.** En el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que **la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa.**» (Énfasis propio)*

Como se desprende del extracto jurisprudencial transcrito, en su dimensión prestacional, el derecho al trabajo está contenido por dos aspectos, el primero de ellos referido al acceso de la persona a un puesto de trabajo, y el segundo a su permanencia en él.

Con relación al primer aspecto, lo que constitucionalmente se ha dispuesto es que el poder político tiene la obligación de promover las condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante

políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo¹⁶, según se dispone en el artículo 23 de la CP.

De otro lado, acerca de la permanencia en el puesto de trabajo, se tiene que -en términos generales- para la configuración de un «despido legal» el empleador debe justificar su decisión en una causa justa; de no ser así, como se desarrollará en el siguiente punto, el Estado protege adecuadamente al sujeto de derecho afectado, conforme se desprende de artículo 27 de la CP.

2.2. Protección contra el despido arbitrario

La CP en su artículo 27 prescribe lo siguiente:

«Artículo 27.- La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.»

De la disposición constitucional citada, se advierte que solo es permisible en nuestro ordenamiento jurídico aquel despido que carece de arbitrariedad, supuesto en el cual el afectado con la decisión del empleador no merece protección alguna («despido legal»). Ante ello, saltan a la vista dos interrogantes: ¿qué se entiende por despido arbitrario? y ¿en qué consiste la adecuada protección en favor del trabajador frente al mismo?

Como punto de partida para absolver la primera pregunta, es pertinente señalar que, dado los matices en los que podría manifestarse la arbitrariedad del empleador en la decisión de desvincular a un trabajador, debe tenerse en consideración la tipología de despidos desarrollada por el TC en su vasta jurisprudencia, esto es: despido nulo, incausado, fraudulento y arbitrario propiamente¹⁷.

¹⁶ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Ob. Cit., pág. 229

¹⁷ Nótese, como es lógico, que dentro de esta tipología no consideremos al «despido legal» (o también llamado justificado), puesto que éste se funda en causas objetivas relacionadas con la conducta o capacidad del trabajador.

Con relación al «despido nulo», las causas que lo configuran -y por ende le dan contenido- se encuentran en el artículo 29 de la LPCL¹⁸, siendo una de estas el embarazo.

De otro lado, acerca del «despido incausado» y «despido fraudulento» en la sentencia del TC recaída en el Expediente n.º 976-2001-AA/TC (Caso: Llanos Huasco, fundamento jurídico 15)¹⁹ se precisó lo siguiente:

«b) Despido incausado

[...]

Se produce el denominado despido incausado cuando:

- **Se despide al trabajador ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna** derivada de la conducta o la labor que la justifique.

c) Despido fraudulento

[...]

¹⁸ Con relación a las causas que configuran el «despido nulo», estas se encuentran en el artículo 29 de la LPCL, cuyo texto sigue a continuación:

«Artículo 29.- Es nulo el despido que tenga por motivo:

- a) *La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;*
- b) *Ser candidato de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;*
- c) *Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta contemplada en el inciso f) del Artículo 25;*
- d) *La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole;*
- e) **El embarazo si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir.**

[...].» (Énfasis agregado)

¹⁹ Es necesario señalar que estos criterios fueron ratificados en el precedente vinculante contenido en la STC n.º 0206-2005-PA/TC (Caso: Baylón Flores).

Se produce el denominado despido fraudulento, cuando:

- **Se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño**, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede **cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente**, vulnerando el principio de tipicidad, [...].»
(Énfasis añadido)

Ahora bien, siguiendo la línea argumentativa del TC hasta aquí expuesta, el «despido arbitrario» quedaría reducido a despidos que aunque provistos de una causa, esta no puede ser probada en juicio²⁰.

Al respecto, el matiz que en la práctica presenta el «despido arbitrario» es casi «imperceptible», dado que la insuficiencia probatoria acreditada en un proceso judicial podría equipararse a algunos de los supuestos del «despido fraudulento», siendo esto relevante ya que, como veremos brevemente más adelante, el mecanismo de protección que ambas tipologías brindan frente a dicha arbitrariedad es diferente y, dependiendo del enfoque que se le dé, uno podría resultar más beneficioso en comparación con el otro.

En lo que respecta a la adecuada protección contra el despido arbitrario, el TC en la sentencia recaída en el Expediente n.º 1058-2004-AA/TC señala lo que a continuación sigue:

«3. Por otra parte y conforme lo ha señalado este Colegiado en la sentencia 976-2001-AA/TC, la protección

²⁰ ARCE ORTIZ, Elmer (2015). La nulidad del despido lesivo de derechos fundamentales. Lima: Ubilex, pág. 170.

*adecuada contra el despido arbitrario, prevista en el artículo 27° de la Constitución, ofrece dos opciones: **a) la primera, general y de carácter indemnizatorio (resarcimiento por el daño causado)**, en la que el juez laboral, respecto de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada, ordena el pago de la indemnización correspondiente, y **b) la segunda, especial y de carácter reparador (readmisión en el empleo)**, en la que el juez constitucional, en el ámbito del amparo, debe “reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional”, como expresamente lo indica el artículo 1° de la Ley N.° 23506, lo que supone restituir al trabajador en su centro de trabajo, **siempre que quede acreditada la existencia de un despido nulo, incausado o fraudulento.**» (Énfasis agregado)*

Como es de verse, la adecuada protección contra el despido arbitrario se manifiesta en nuestro ordenamiento jurídico, de manera excluyente, a través de dos vías: una resarcitoria («indemnización») cuando el tipo de despido es arbitrario y, la otra, restitutoria («reposición»)²¹ cuando se configure cualesquiera de los tipos de despido señalados: nulo, incausado y fraudulento.

En esa misma línea, el TC en el precedente vinculante recaído en el Expediente n.° 03052-2009-PA/TC (Caso: Lara Garay, fundamento jurídico 36) estableció que las reglas en materia de procedencia amparo restitutorio del trabajo son las siguientes:

²¹ Es necesario aclarar que el despido arbitrario (categoría general que contiene al despido arbitrario propiamente, incausado y fraudulento) mencionado en el artículo 27 de la CP no alude al despido nulo (artículo 29 del TUO de la LPCL), toda vez que este se refiere -en sentido estricto- a la contravención de otras disposiciones constitucionales, por ejemplo la contenida en el numeral 1 de su artículo 28 («libertad sindical»).

«a. El cobro de los beneficios sociales (compensación por tiempo de servicios, vacaciones truncas, gratificaciones truncas, utilidades u otro concepto remunerativo) por parte del trabajador, no supone el consentimiento del despido arbitrario y, por ende, no debe considerarse como causal de improcedencia del amparo.

b. El cobro de indemnización por despido arbitrario u otro concepto que tenga el mismo fin “incentivos” supone la aceptación de la forma de protección alternativa brindada por ley, por lo que debe considerarse como causal de improcedencia del amparo.

c. El pago pendiente de la compensación por tiempo de servicios u otros conceptos remunerativos adeudos al trabajador debe efectuarse de modo independiente y diferenciado al pago de la indemnización por despido arbitrario, esto es, el empleador deberá realizar dichos pagos en cuentas separadas o a través de consignaciones en procesos judiciales independientes, bajo su responsabilidad.

[...].» (El resaltado es propio)

En armonía con lo hasta aquí señalado, nos queda claro que nuestro ordenamiento jurídico frente a la tipología de despidos antes mencionados ofrece dos mecanismos de protección, uno restitutorio y el otro resarcitorio. Asimismo, la viabilidad de dichos mecanismos no solo depende del tipo de despido configurado sino, en algunos supuestos, de la elección del trabajador (vg. cuando se cobra la indemnización por despido arbitrario pese a que este es nulo).

2.3. ¿Todos los sujetos de derecho merecen el mismo grado de protección frente al despido arbitrario?

En principio, debemos indicar que en la CP, así como en diferentes cuerpos normativos, se dispone que a determinados sujetos de derecho, como en el caso de la trabajadora embarazada, se les brinde una «tutela especial». Veamos²²:

➤ Constitución Política del Perú

«Artículo 4.- **La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. [...].»**

«Artículo 23.- **El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.**

[...].»

➤ Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT²³

«PROTECCIÓN DEL EMPLEO Y NO DISCRIMINACIÓN
Artículo 8

1. **Se prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. [...].»**

²² Es de precisar que el resaltado realizado en las disposiciones normativas transcritas es propio.

²³ Cabe señalar que el Convenio n.º 183 de la OIT fue ratificado por el Perú mediante el Decreto Supremo n.º 012-2016-RE, es decir, cumple con el requisito imprescindible, según la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la CP, para su vigencia interna.

- Ley n.º 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres

«Artículo 6. Prohibición de despido y no renovación de contrato por motivos vinculados con la condición del embarazo o el período de lactancia

Queda prohibido que la entidad empleadora despidan o no renueve el contrato de trabajo por motivos vinculados con la condición de que las trabajadoras se encuentren embarazadas o en período de lactancia en el marco de lo previsto en el Convenio OIT 183 sobre protección de la maternidad.»

La cita de estas disposiciones normativas es de suma importancia, dado que nos permite identificar cómo se puede legislar en favor de determinados sujetos de derecho, en el caso concreto en favor de las madres trabajadoras, atendiendo a la «naturaleza de las cosas», conforme lo establece el artículo 103 de la CP²⁴.

El principio de legislar por la naturaleza de las cosas es un concepto esencialmente comparativo: toma dos situaciones jurídicamente relevantes y las evalúa para determinar si merecen igual o distinto trato del derecho. Dice el Tribunal que la naturaleza de las cosas vincula relaciones de personas ubicadas en un mismo espacio, tiempo y sujeción estatal, porque dicho principio intenta determinar si normas coexistentes pueden dar un trato diferenciado a los sujetos de derecho dentro de un mismo espacio jurídico²⁵; es decir, bajo este principio, en una relación laboral no merece mayor cuestionamiento el hecho que la

²⁴ «Artículo 103.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. [...]»

²⁵ RUBIO CORREA, Marcial (2013). La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pág. 200.

trabajadora embarazada, al ser un «sujeto de derecho especial», tenga una «protección reforzada».

Si bien es cierto parece estar claro que la trabajadora embarazada es titular de una protección especial dentro de una relación laboral, tal y como se ha establecido en la normativa nacional y supranacional, los pronunciamientos judiciales que analizaremos más adelante no se condicen con este razonamiento, lo cual implica -en un sentido lato- una grave afectación al «bloque de constitucionalidad».

III. EL PERIODO DE PRUEBA EN LA RELACIÓN LABORAL

3.1. Definición y naturaleza jurídica del periodo de prueba

La institución jurídica del periodo de prueba tiene su justificación última en el carácter personalísimo de la relación laboral y en la necesidad de que ambas partes se aseguren de las aptitudes de la contraparte²⁶. Por el lado del empleador, consiste en corroborar si el trabajador cumple a cabalidad las funciones para las que fue contratado, es decir, alude a la idoneidad para ocupar determinado puesto de empleo; y, del otro lado, en este periodo el trabajador evaluará la satisfacción de sus expectativas en esta nueva relación laboral.

Durante el periodo de prueba el empresario puede realizar las pruebas necesarias para constatar, entre otras cosas: 1, la motivación del trabajador para realizar su labor; 2, sus aptitudes reales; 3, su capacidad de ajustarse a las reglas, su receptividad a las órdenes, diligencia y exactitud en el cumplimiento de sus obligaciones; 4, la capacidad de obtener un rendimiento con ciertos niveles mínimos de cantidad y calidad; 5, la apariencia personal adecuada según

²⁶ BALLESTER PASTOR, María (1995). El periodo de prueba. Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 7.

costumbre o directivas de la empresa; 6, la relación apropiada con sus superiores y compañeros de trabajo²⁷.

En ese orden de ideas, si la «razón de ser» del periodo de prueba es demostrar que un trabajador reúne las aptitudes para la prestación de un servicio determinado (cumplimiento del objeto del contrato), entonces, dicha prestación debe ser continua, siempre que no concurra alguna causa objetiva que motive lícitamente la extinción de la relación laboral. Por el contrario, si un trabajador no tiene la oportunidad de demostrar la idoneidad requerida para determinado puesto y se le desvincula sin expresión de causa en este lapso, entonces, el periodo de prueba se ha desnaturalizado.

La idea contenida en el párrafo anterior no es de poca relevancia para el propósito del presente, dado que -como veremos en líneas posteriores- la LPCL pareciera que regulara solo dos aspectos: (i) la protección del trabajador luego de superado el periodo de prueba y (ii) la facultad del empleador a prescindir de los servicios del trabajador durante este periodo sin expresión de causa. Sin embargo, ello no es así, dado que el periodo de prueba puede desnaturalizarse o puede «servir de instrumento» para lesionar derechos fundamentales (por ejemplo: a través del encubrimiento de un acto arbitrario).

A lo hasta aquí dicho, debemos agregar que si bien la importancia del periodo de prueba en las relaciones laborales, radica en que tanto el trabajador como el empleador no son del todo sinceros en momentos previos a la celebración del contrato de trabajo²⁸, ello no los exime del deber de obrar de buena fe en la relación de ello, siendo necesario -a

²⁷ ALONSO OLEA, Manuel citado por PACHECO ZERGA, Luz (2008) «Periodo de prueba: Naturaleza y régimen jurídico». En: *Jus doctrina y jurisprudencia. Publicación especializada para el profesional del derecho*, núm. 7, pág. 353.

²⁸ JARA BAUTISTA, José Luis (2017). El periodo de prueba laboral en el Perú. Lima: Lex & Iuris, pág. 63.

nuestro juicio- la expresión de causa cuando se pretenda despedir a una trabajadora embarazada en este periodo.

3.2. Regulación del periodo de prueba en derecho nacional

En nuestro ordenamiento jurídico el periodo de prueba se encuentra regulado principalmente²⁹ por el artículo 10 de la LPCL cuyo texto es el que sigue:

«Artículo 10.- El periodo de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza 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.» (El resaltado es propio)

Desde la mirada estrictamente literal³⁰ de este artículo, se tiene que el trabajador adquiere protección contra el despido arbitrario siempre

²⁹ Se emplea esta expresión («principalmente»), debido a que en los artículos 16 y 17 del Reglamento de Ley de Fomento al Empleo, aprobado por el Decreto Supremo n.º 001-96-TR, también se hace referencia a esta institución jurídica. Sin embargo, solo nos enfocaremos en el análisis de las disposiciones normativas de la LPCL, debido a que los supuestos de hecho que contiene guardan estrecha relación con el presente trabajo.

³⁰ Concordamos con el jurista Marcial Rubio Correa cuando, con relación al «método de interpretación literal», señala que: «[...] suele actuar -implícita o explícitamente- ligado a otros métodos para dar verdadero sentido a las interpretaciones y, en muchos casos, es incapaz de dar una respuesta interpretativa adecuada. Por tanto, su utilización preponderante es discutible y no parece provenir de ningún axioma válido por sí mismo, [...]» (RUBIO CORREA, Marcial. 2015. El sistema jurídico. Introducción al Derecho. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. págs. 239-240).

que haya superado el periodo de prueba o, lo que equivale decir, solo en este supuesto resulta de aplicación el artículo 27 de la CP, lo cual implica que dentro de este periodo no es exigible al empleador la expresión de causa para dar término a la relación laboral.

En esa misma línea el artículo 38 de la LPCL prescribe lo siguiente:

*«Artículo 38.- **La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones.** Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. **Su abono procede superado el periodo de prueba.**» (Énfasis agregado)*

En este caso el mecanismo de protección resarcitorio, tal y como se explicó líneas arriba, corresponde (i) solo si el trabajador superó el periodo de prueba y (ii) si es que se ha configurado el despido arbitrario o, si a pesar de haberse configurado un tipo de despido con medida de protección restitutoria, el trabajador optara por la indemnización.

En lo que corresponde a la percepción de «beneficios sociales» o «convencionales» en este periodo, así como a la estabilidad laboral, el artículo 79 de la LPCL señala que:

*«Artículo 79.- Los trabajadores contratados conforme al presente Título **tienen derecho a percibir los mismos beneficios** que por Ley, pacto o costumbre tuvieron los trabajadores vinculados a un contrato de duración indeterminado, del respectivo centro de trabajo **y a la estabilidad laboral durante el tiempo que dure el contrato, una vez superado el periodo de prueba.**» (El resaltado es nuestro)*

De la disposición legal transcrita el legislador, con acierto desde nuestro punto de vista, no estableció ningún criterio diferenciador para la titularidad de los beneficios derivados de una relación laboral entre el trabajador que se encuentra en el periodo de prueba respecto de aquel que lo ha superado, entendemos que ello se debe a que no existe ningún elemento objetivo que posibilite una regulación de esta forma, a la luz del artículo 103 de la CP.

3.3. Lesión de derechos fundamentales en el periodo de prueba. ¿Cuáles son los límites al poder de dirección?

Habiendo determinado en qué consiste el periodo de prueba, cuál es su naturaleza jurídica y a qué disposiciones normativas está sujeta, es inevitable a estas alturas eludir la siguiente interrogante: ¿el empleador, en ejercicio de su poder de dirección, puede decidir dar por concluida una relación laboral durante el periodo de prueba, incluso cuando ello implique una afectación de los derechos fundamentales del trabajador?

Como cuestión previa, debemos recordar que en el numeral 2.1. del presente abordamos el contenido constitucional del derecho al trabajo desde su «dimensión de libertad» y, ahora resulta conveniente traer a colación esta idea, puesto que el acercamiento conceptual de los derechos fundamentales (categoría jurídica más amplia que la de «derechos constitucionales») puede realizarse bajo esta perspectiva.

Siguiendo una clasificación doctrinaria tradicional, la libertad se manifiesta a través de dos dimensiones «libertad positiva» y «libertad negativa». Por libertad negativa entendemos la ausencia de impedimento, interferencia o constricción, o la libertad para obrar o no obrar sin que exista obligación, coacción o impedimento alguno. Por otro lado, la libertad positiva se contrae en la libertad de las personas

para orientar libremente sus decisiones por la opción que consideren más conveniente sin tener en cuenta la voluntad de otros³¹.

En esa línea argumentativa, la doble configuración de la libertad está orientada a la decisión de no hacer o hacer algo, ya sea por propia iniciativa o por ausencia de cualquier tipo de intromisión que influya en su voluntad real³².

Desde esa premisa, los derechos fundamentales deben entenderse como garantías necesarias al ejercicio de libertades inherentes a todo sujeto de derecho por su condición de ser humano; razón por la que, dentro de una relación laboral, en el trabajador confluyen dos tipos de derechos, los llamados «específicos o laborales» y los «inespecíficos».

Los «derechos específicos o laborales» son los derechos que se dan en el contexto de la relación laboral y que fuera de ella no tienen un campo de desarrollo o que no podrían ser ejercidos, por ejemplo la jornada de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales (artículo 25 de la Constitución)³³. Asimismo, los «derechos inespecíficos» son derechos fundamentales compartidos por todas las personas, por todos los ciudadanos, pero que son ejercidos por

³¹ BOBBIO, Norberto citado por TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. (2009). Derechos laborales ante empleadores ideológicos. Derechos fundamentales e ideario empresarial. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pág. 35.

³² Este concepto se entiende con mayor claridad desde el estudio del acto jurídico. A decir, dos cuestiones plantean la consideración de la manifestación de la voluntad: o el acto jurídico es la suma de dos procesos: subjetivo el uno (la voluntad real, interna o psicológica) y objetivo el otro (la voluntad manifestada), o es un proceso unitario, en el cual la manifestación es el último peldaño de la volición, existiendo por tanto una *unidad esencial* entre la voluntad y su manifestación. (TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. 2015. Acto jurídico. Volumen I. Lima: Pacífico Editores, pág. 140).

³³ CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos (2004). «Los derechos inespecíficos laborales: análisis de algunas sentencias del Tribunal Constitucional» En: *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional*. Academia de la Magistratura, pág. 59.

aquellas personas que se encuentran en una relación de subordinación³⁴.

En ese orden de ideas, si bien el poder de dirección del empleador lo faculta a dirigir, fiscalizar y sancionar³⁵ al trabajador en el marco de un vínculo contractual de naturaleza laboral, los límites al ejercicio de dicho poder se encuentran en los «derechos inespecíficos», puesto que son derechos fundamentales que el empleador está obligado a respetar. Las órdenes impartidas no pueden vulnerar el derecho del trabajador a la vida, a la salud, a la dignidad, a la libertad, etc.³⁶.

Ahora bien, respecto de pregunta planteada en la parte inicial de este numeral, la respuesta consiste en que el empleador, en ejercicio de su poder de dirección, incluso para decidir la conclusión sin expresión de causa de una relación laboral durante el periodo de prueba tiene como límite el respeto de los derechos fundamentales del trabajador; por tanto, cualquier acción que sobrepase ese límite es ilegal y arbitraria.

IV. TUTELA ESPECIAL DE LA TRABAJADORA GESTANTE EN EL PERIODO DE PRUEBA

4.1. Despido discriminatorio en el periodo de prueba. ¿Es legal la afectación de derechos fundamentales en este periodo?

³⁴ Ob. Cit., pág. 60.

³⁵ La atribución de estas facultades se encuentran en el artículo 9 de la LPCL, según la cual:
*«Artículo 9.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.
[...].»*

³⁶ NEVES MUJICA, Javier (2012). Introducción al derecho del trabajo. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pág. 37.

Sobre la base del análisis hasta aquí expuesto, las ideas centrales son las siguientes:

- (i) La naturaleza jurídica del periodo de prueba consiste, del lado del empleador, en que este constata la idoneidad del trabajador contratado para la realización de determinadas funciones.
- (ii) La razón objetiva por la cual la trabajadora embarazada es un sujeto de derecho especial, y por ende tiene una mayor protección dentro de una relación laboral, radica en la maternidad.
- (iii) El respeto de los derechos fundamentales («inespecíficos»), en ejercicio del poder de dirección por parte del empleador, constituye una garantía para el trabajador mientras esté vigente la relación laboral, siendo indistinta la superación o no del periodo de prueba.

Teniendo como referente estas ideas, a continuación analizaremos el estado de cuestión con relación a la tutela de la trabajadora embarazada que, en el marco del periodo de prueba de una relación, se le despide sin expresión de causa.

Con relación a la conducta discriminatoria de la trabajadora embarazada el TC ha señalado, en la sentencia recaída en el Expediente n.º 05652-2007-PA/TC, lo siguiente:

«51. La protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino también se extiende al ámbito estricto del desarrollo y a las vicisitudes de la relación laboral, razón por la cual condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empleador. Por ello, el Art. 23 de la Constitución

Política prescribe que el Estado protege especialmente a la madre que trabaja.

52. Por ello, **el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo, como también lo es la negativa a contratar a una mujer embarazada**, o cuando una trabajadora percibe una remuneración inferior al de un trabajador por un mismo trabajo. Son manifestaciones de discriminación directa porque **excluyen la posibilidad de justificar, objetivamente, la razonabilidad y proporcionalidad de la medida.** [...]» (El resaltado es propio)

Como se aprecia la lectura del extracto jurisprudencial citado, el TC no solo es contundente en señalar que el despido de la madre trabajadora desprovisto de criterios razonables y proporcionales por parte del empleador: configuran un acto discriminatorio, el mismo que lesiona derechos fundamentales; sino que -aunque de manera general- establece el carácter de la igualdad y no discriminación, la igualdad y prohibición de discriminación entre hombres y mujeres como normas de *ius cogens*, las formas de discriminación (directa, indirecta), la necesidad del establecimiento de tratamientos diferenciados, e inclusive de acciones afirmativas³⁷.

No obstante lo dicho, en dicha sentencia no se analizó la posibilidad de que un acto arbitrario de igual naturaleza («discriminatorio») se produjera en agravio de la trabajadora embarazada durante el «periodo de prueba», ya que, según lo contemplado en el artículo 10 de la

³⁷ GARCÉS PERALTA, Patricia y PORTAL FARFÁN, Diana Carolina (2016). «La protección de los derechos fundamentales de las mujeres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: ¿más limitaciones que avances?». En: Pensamiento Constitucional, n.º 21, Lima, pág. 144.

LPCL, bastaría la sola voluntad del empleador³⁸ para dar por concluida la relación laboral (sin distinción alguna respecto del trabajador), es decir, no existen mecanismos especiales para salvaguardar el derecho al trabajo de la trabajadora embarazada en dicho supuesto.

Acercas del supuesto mencionado en el párrafo precedente, el TC a través de la sentencia recaída en el Expediente n.º 02456-2012-AA/TC analizó un caso en el cual:

*«La demandante solicita que se ordene su reposición en el puesto de promotora médica que venía desempeñando, por cuanto considera que ha sido objeto de un despido discriminatorio por razón de sexo. **Refiere que su condición de gestante ha sido el único motivo por el que la emplazada dio por extinguida su relación laboral.** Alega la vulneración del principio de la prohibición de discriminación por razón de sexo y de su derecho constitucional al trabajo, por lo que solicita se la reponga en su puesto de trabajo y se le abone las remuneraciones dejadas de percibir.»³⁹ (Énfasis agregado)*

Al respecto, el máximo intérprete de la Constitución consideró, antes de analizar si la demandante había sido objeto o no de un despido discriminatorio por razón de sexo, lo siguiente:

³⁸ Cuando nos referimos a la especial protección que merece la trabajadora embarazada en el marco de una relación laboral, específicamente dentro del periodo de prueba, estamos aludiendo -más allá de la protección del derecho al trabajo- a los derechos inespecíficos. Dicho de otro modo, en palabras del Carlos Blancas, «[...] el poder de dirección, en efecto, no es ni puede ser absoluto, porque su fundamento, la libertad de empresa, tampoco lo es; por el contrario, se encuentra sujeto a límites internos o funcionales, y a límites externos o jurídicos.» (BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. 2007. Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú).

³⁹ Fundamento jurídico 1 de la sentencia referida.

«3.3.4 Conforme a lo señalado en la liquidación de beneficios sociales, la recurrente prestó servicios como Representante (Promotora) Médico desde el 26 de abril hasta el 25 de octubre de 2010 (f. 53), periodo en el cual ambas partes suscribieron un contrato de trabajo por inicio de nueva actividad (f. 46). En el citado contrato, cláusula cuarta, se consignó convencionalmente que la actora se sujetaba a un periodo de prueba de seis meses, es decir, hasta el 25 de octubre de 2010.

3.3.5 Al respecto, este Colegiado debe hacer varias precisiones; primero, que el supuesto despido se produjo antes de vencer el periodo de prueba convencional; segundo, según obra en autos, 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.

3.3.6 En consecuencia, **habiéndose acreditado que la actora no superó el periodo de prueba convencional, no tenía protección contra el despido arbitrario, razón por la cual la demanda debe ser desestimada**, pues no se acredita la vulneración de los derechos constitucionales alegados.

[...].» (El resaltado es propio)

Como se podrá advertir, el TC toma como punto de partida el hecho que la demandante, indistintamente de su condición, se encuentre o no en el periodo de prueba, ya que de ser así -como ocurre en el caso citado- no tiene ningún tipo de protección contra el despido arbitrario. Dicho de otro modo, su razonamiento es bastante limitado y legalista

al concluir que todo trabajador solo adquiere la mencionada protección si es que superó el periodo de prueba⁴⁰.

Además de lo anterior, aunque no se trata de una trabajadora gestante, resulta preocupante que hayan antecedentes en las sentencias contenidas en los expedientes n.º 05652-2007-PA/TC, n.º 03938-2009-PA/TC, n.º 05012-2009-PA/TC y n.º 02214-2012-PA/TC, en los cuales el TC ni siquiera da luces acerca de la ilegalidad que conlleva el ejercicio del poder de dirección cuando, durante el periodo de prueba, se despide a un trabajador afectando sus derechos fundamentales.

Retomando la cita del caso que nos ocupa, la jurisprudencia constitucional (Expediente n.º 02456-2012-PA/TC) marca una línea de razonamiento pasible de ser cuestionada, puesto que evidenciaría la afectación no solo del «derecho al trabajo» de la mujer que se encuentra en estado de gestación, sino que, si durante el periodo de prueba la decisión de despido, en el fondo, pretendió encubrir un acto discriminatorio, se habrían lesionado los derechos fundamentales de dignidad (artículo 1 de la CP) e igualdad (numeral 2.2 del artículo 2 de la CP).

No obstante lo dicho, no debemos soslayar el hecho que la perspectiva constitucional en el examen del despido encuentra fundamentos en el fenómeno conocido como «constitucionalización del derecho», en virtud de la cual se concibe a la Constitución como una verdadera norma jurídica, erigida por tanto, en el «orden jurídico fundamental de la comunidad» y no solo en el «orden jurídico fundamental del Estado», según sostiene Hesse⁴¹; por tanto, en virtud de este

⁴⁰ Es menester señalar que esta línea de razonamiento es recogida por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente n.º 05652-2007-PA/TC.

⁴¹ Citado por BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos (2015). Derechos fundamentales laborales y estabilidad en el trabajo (primera edición). Lima: Palestra editores, pág. 147.

fenómeno, es viable considerar un «despido lesivo de derechos fundamentales».

4.2. ¿En qué consiste el «despido lesivo de derechos fundamentales»?

En una sentencia de hace casi veinte años recaída en el Expediente n.º 1112-98-AA/TC (Caso: César Cossio vs. Telefónica), el TC señaló que:

«[...] la circunstancia de que se haya despedido a los demandantes a través de un acto lesivo de los derechos constitucionales antes señalados, trae consigo también la afectación al derecho al trabajo reconocido por el artículo 22 de la Constitución Política del Estado, en cuanto la conservación de un puesto de trabajo que aquel implica ha sido conculcado por un acto desprovisto de juricidad, esto es, viciado de inconstitucionalidad.»

Como se colige de la cita jurisprudencial, la afectación de derechos fundamentales mediante el despido implica -lógicamente- la lesión del derecho al trabajo en su dimensión de permanencia. Asimismo, carece de sentido que los artículos 22 y 27 de la CP no se interpreten de forma integrada.

Por el contrario, la interpretación coordinada de ambas normas, lleva a concluir que cuando el artículo 27 alude al despido arbitrario, este concepto no es excluyente y, por ello, no comprende todos los supuestos del despido, sino tan solo aquellos en que la causa justa alegada no se configura legalmente o no puede probarse, es decir aquella clase de despidos ante los cuales suele plantearse como medida reparadora, la reposición o la indemnización⁴².

⁴² Ob. Cit., pág. 151.

En esa línea de análisis, el «despido lesivo de derechos fundamentales» se configura cuando el ejercicio de la potestad de dirección del empleador lesiona no solo el derecho al trabajo sino que afecta otros derechos que le son inherentes al trabajador por su condición de ser humano; por lo que, la tutela de los mismos materializarse a través de la interposición de una garantía constitucional.

4.3. Propuesta de modificación del artículo 10 del TUO de la LPCL. Acerca de una necesaria regulación de mecanismos especiales de protección en favor de la trabajadora embarazada

Si bien es cierto, queda claro que al amparo del «bloque de constitucionalidad», la trabajadora gestante tiene protección contra el despido lesivo de derechos fundamentales, haya superado o no el periodo de prueba, consideramos necesaria la modificación del artículo 10 de la LPCL.

A nuestro juicio, y teniendo como referente los pronunciamientos jurisprudenciales antes citados, esta propuesta normativa es necesaria, debido a que la regulación normativa de mecanismos tuitivos de carácter especial que permitan evitar la configuración de un despido discriminatorio, en agravio de la madre trabajadora durante el periodo de prueba, garantizará la protección de derechos fundamentales («específicos» e «inespecíficos»), tales como: la dignidad, el trabajo e igualdad.

En consonancia con lo hasta aquí señalado, la modificación del artículo 10 de la LPCL se propone en los siguientes términos:

«Artículo 10.- El período 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.

Excepcionalmente, durante el periodo de prueba, para el caso de la trabajadora embarazada que haya comunicado de modo fehaciente dicha condición al empleador, resulta obligatorio que, en caso este haya decidido prescindir de los servicios de aquella, se le curse una carta en la que, de modo objetivo y razonable, se expresen las causas que eventualmente justificarían la decisión de despido. La comunicación de la trabajadora no será exigible siempre que su estado de gravidez durante este periodo haya sido evidente.»

Como es lógico, la propuesta de modificación señalada en el párrafo precedente: no implica -ni mucho menos pretende- el menoscabo del poder de dirección o la afectación del derecho a la libertad de empresa que ejerce el empleador, sino la necesidad de regular, siguiendo la línea tuitiva del Derecho de Trabajo, una serie de mecanismos -contenidos en un procedimiento- que permitan evitar la lesión de derechos fundamentales a través de la configuración de un despido discriminatorio por razón de sexo⁴³.

⁴³ Lo cual contraviene el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución Política.

V. CONCLUSIONES

- 5.1. La adecuada protección del derecho constitucional al trabajo, en su dimensión de permanencia, se manifiesta a través de dos mecanismos, uno de naturaleza restitutoria («reposición») y el otro de naturaleza resarcitoria («indemnización»), siendo que la identificación de uno u otro mecanismo, así como la determinación de la vía procesal para exigir la concreción de la pretensión a formular, depende del tipo de despido que se haya configurado.
- 5.2. El ejercicio del poder de dirección por parte del empleador, incluyendo la decisión dar por concluida sin expresión de causa el vínculo laboral durante el periodo de prueba, aun cuando la normativa vigente lo faculta para ello, tiene como límite el respeto de los derechos fundamentales del trabajador.
- 5.3. Al amparo del «bloque de constitucionalidad», la trabajadora gestante tiene protección contra el despido lesivo de derechos fundamentales; sin perjuicio de ello, resulta necesaria la modificación del artículo 10 de la LPCL, a fin de dotar de mayor seguridad jurídica a la trabajadora gestante que encontrándose en el periodo de prueba es víctima del ejercicio arbitrario del poder de dirección del empleador.

BIBLIOGRAFÍA

ARCE ORTIZ, Elmer (2015). La nulidad del despido lesivo de derechos fundamentales. Lima: Ubilex.

BALLESTER PASTOR, María (1995). El periodo de prueba. Valencia: Tirant lo Blanch.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos (2007). Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos (2015). Derechos fundamentales laborales y estabilidad en el trabajo (primera edición). Lima: Palestra editores.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2017). Derecho al trabajo y proceso de amparo. Lima: Palestra.

CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos (2004). «Los derechos inespecíficos laborales: análisis de algunas sentencias del Tribunal Constitucional» En: *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional*. Academia de la Magistratura. Págs. 55-75.

GARCÉS PERALTA, Patricia y PORTAL FARFÁN, Diana Carolina (2016) «La protección de los derechos fundamentales de las mujeres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: ¿más limitaciones que avances?». En: *Pensamiento Constitucional*, núm. 21, pág. 107-162, Lima.

GARCÍA TOMA, Víctor (2010). Teoría del Estado y Derecho Constitucional. Lima: Editorial Adrus.

JARA BAUTISTA, José Luis (2017). El periodo de prueba laboral en el Perú. Lima: Lex & Iuris.

KRESALJA, Baldo y OCHOA, César (2009). Derecho constitucional económico (primera edición). Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

MOLINA HIGUERA, Angélica (2005) «Contenido y alcance del derecho individual del trabajo». En: *Defensoría del Pueblo Colombia – Serie DESC*.

PACHECO ZERGA, Luz (2007). La dignidad humana en el derecho del trabajo (primera edición). Navarra: Aranzadi.

PACHECO ZERGA, Luz (2008) «Periodo de prueba: Naturaleza y régimen jurídico». En: *Jus doctrina y jurisprudencia. Publicación especializada para el profesional del derecho*, núm. 7, pág. 351-361.

RUBIO CORREA, Marcial (2013). La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

RUBIO CORREA, Marcial (2015). El sistema jurídico. Introducción al Derecho. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal (2015). Acto jurídico. Volumen I. Lima: Pacífico Editores.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge (2009). Derechos laborales ante empleadores ideológicos. Derechos fundamentales e ideario empresarial. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

