

**Pontificia Universidad Católica del Perú**

**Facultad de Derecho**



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

**La especial protección constitucional de la madre, el menor de edad y el impedido, y la necesidad de tutela durante el periodo de prueba.**

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

**AUTORA:**

Vanessa Carolina Monroy Llallico

**ASESOR:**

Willman César Meléndez Trigoso

**CÓDIGO DE LA ALUMNA:**

20120266

**AÑO 2020**

## RESUMEN

El presente trabajo académico versa sobre el análisis de la protección de los sujetos laborales protegidos en la Constitución, y su compatibilidad con el periodo de prueba dentro de las relaciones laborales, por ello el enfoque del estudio del tema radica en la necesidad de determinar la importancia de ponderar el derecho de la libertad de empresa en aplicación del periodo de prueba y la estabilidad laboral de la madre, el menor de edad y el impedido, en conjunto con el derecho al trabajo. Así, para tal efecto, el punto de partida es conocer las principales características que determinan la situación de vulnerabilidad de los tres sujetos laborales, a fin de optar por una protección reforzada, partiendo de la noción legal del periodo de prueba regulada en nuestra legislación; para así terminar concluyendo la cuestión principal, mediante la creación o implementación de un procedimiento en la relación laboral que permita al empleador motivar la no superación del periodo de prueba, a efectos de no incurrir en la arbitrariedad del despido aplicados a los sujetos laborales protegidos por la Constitución, cuyo objeto radicaría en el libre ejercicio de su derecho al trabajo sin que medie cualquier acto de discriminación en la primera fase de la relación laboral de parte del empleador.

## Índice

I.	Introducción .....	4
II.	La protección constitucional prevista para los sujetos laborales.....	5
2.1.	Fundamento de los derechos laborales como derechos sociales.....	5
2.2.	Naturaleza jurídica del artículo 23 de la Constitución.....	7
2.2.1.	La madre trabajadora.....	7
2.2.2.	El menor de edad.....	9
2.2.3.	El impedido.....	10
III.	¿Es el periodo de prueba una excepción a la protección contra la arbitrariedad? 11	
3.1	Configuración legal del periodo de prueba.....	11
IV.	La debida interpretación constitucional de la protección reforzada, como motivación para una justificación sobre la no superación del periodo de prueba. ....	14
4.1	Procedimiento en el periodo de prueba.....	18
V.	Conclusiones .....	19
VI.	Bibliografía.....	21

## **I. Introducción**

El proceso de constitucionalización de los derechos laborales, ha potencializado la protección y reconocimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos, en base al modelo de Estado Social de Derecho reconocido por la Constitución de 1993, cuyo deber primordial es promover y garantizar el bienestar general como propósito de la justicia social; sin embargo, pese a este reconocimiento aún existen brechas que impiden y condicionan el ejercicio de los derechos laborales en condiciones de igualdad.

Como sucede en el caso de la madre trabajadora, el menor de edad y el trabajador discapacitado o impedido, quienes por la construcción social y cultural del Estado, en las relaciones laborales se refleja la existencia de tratos discriminatorios como despidos por la no superación del periodo de prueba; los cuales guardan un trasfondo de aparente legalidad en la causa que las empresas emplean al terminar la relación laboral.

De acuerdo con ello, nuestro ordenamiento jurídico desarrolla el principio protector como un principio laboral que se refiere también a los sujetos especialmente protegidos por la Constitución, debido a la posición de desventaja en la relación laboral y social en la que se encuentran.

Así, en aplicación del principio de igualdad y no discriminación, el Estado debe garantizar el cumplimiento y respeto de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta la especial situación de vulnerabilidad de las mujeres como madres que trabajan, de los menores de edad y los trabajadores impedidos, para lo cual se otorga una tutela preferente a favor de estos.

Según ello, a propósito de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en referencia a la protección reforzada otorgada a los sujetos laborales, corresponde analizar si la jurisprudencia emitida es tuitiva conforme al modelo de Estado Social y Derecho, como también determinar si contribuye o no con otorgar condiciones de igualdad de oportunidades, en aplicación de los tratados internacionales y el bloque de constitucionalidad que complementan la protección reforzada regulada en el artículo 23 de la Constitución.

En razón a ello, en el presente trabajo se analizará la interpretación constitucional de la tutela otorgada a los sujetos laborales especialmente protegidos, en cuanto a la aplicación de periodo de prueba en las relaciones laborales y su excepcionalidad en cuanto a la protección contra el despido arbitrario.

Para lo cual, se brindará una propuesta de solución dirigida a implementar un procedimiento de tutela como defensa ante los actos discriminatorios durante el periodo de prueba, que permita la protección del derecho al trabajo de los sujetos laborales.

## **II. La protección constitucional prevista para los sujetos laborales.**

El artículo 23 de la Constitución establece como principio protector la atención prioritaria del Estado hacia la madre, el menor de edad y el impedido que trabajan, en base a la especial situación de vulnerabilidad de derechos que pudiera existir, por lo que se brinda un tratamiento diferenciado en las normas laborales que obedecen a dicho mandato.

Asimismo, se “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” (Boza 2002:180)

### **2.1. Fundamento de los derechos laborales como derechos sociales.**

Es importante tener presente como punto de partida la justificación que motiva la existencia de los derechos fundamentales laborales materia de análisis en el presente trabajo.

En primer lugar, el reconocimiento de los derechos sociales se relaciona a la transformación del modelo de Estado Liberal a uno Social de Derecho, momento en el cual surgen nuevos derechos que requieren de la intervención del Estado para ser protegidos y garantizados. Entendiéndose por nuevos derechos a los sociales, los cuales comprendería también a los derechos laborales que ya se encontraban reconocidos por las Constituciones de muchos países.

Según ello, uno de los fundamentos axiológicos que motivan la existencia de los derechos sociales, es la igualdad respecto a la necesidad de encontrar un equilibrio dentro de la inequidad social, “lo que indica que el respeto y ejercicio de estos derechos tiene por finalidad, cuando menos, reducir la desigualdad existente en la sociedad” (Blancas 2015:49).

Un segundo fundamento, se encontraría basado en la libertad en su ámbito promocional, respecto a la satisfacción de las principales necesidades, como argumento para la supervivencia de la persona. Por tal motivo, Bobbio marca una línea ente los conceptos de igualdad y libertad; entendiéndose por libertad negativa a la igualdad ante la ley y la libertad positiva como la igualdad de oportunidades; para lo cual compatibiliza la libertad de oportunidades con la igualdad social como una integración que no desnaturaliza el contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos. (Bobbio 1991:51-81)

Por otro lado, como fundamento antropológico, Ferrajoli refiere que las necesidades esenciales fundamentan los derechos fundamentales, que a lo largo del tiempo se han afianzado en la democracia y la igualdad. (Ferrajoli 2001:372).

En ese sentido, “mientras que los derechos sociales exigen una acción positiva por parte del Estado, los derechos civiles devienen protegidos por la abstención o no interferencia de éste” (Blancas 2015:75), entendiéndose con ello el carácter prestacional de los derechos sociales que diferencia de los derechos civiles.

Por ello, los pactos y declaraciones internacionales sobre derechos humanos, reconocen los derechos sociales con la finalidad de eliminar las diferencias y promover la igualdad, como lo señala el Protocolo de San Salvador cuando reitera que hay unidad relativa a la dignidad humana de todos los derechos humanos.

Razón por la cual, “los derechos laborales fundamentales encuentran sustento firme y directo en la dignidad humana, la cual funda las normas protectoras del trabajador, justifica las prestaciones y obligaciones que el Estado impone al empleador para compensar la desigualdad real entre este y el trabajador, (...), para obtener un trato digno, mejorar sus condiciones y tutelar sus derechos” (Blancas 2015:95).

## 2.2. Naturaleza jurídica del artículo 23 de la Constitución.

El derecho al trabajo se encuentra regulado en el artículo 22 de nuestra Constitución como un deber y un derecho, cuya doble dimensión se divide en el acceso a un puesto de trabajo y a no ser despedido salvo sea por una causa justa, invocando en éste el principio de causalidad y continuidad laboral como fundamento de la estabilidad laboral.

De acuerdo con ello, el artículo 23 de la Constitución establece que el Estado debe promover el empleo productivo y la educación para el trabajo, a través de políticas de fomento; como también determinar que ninguna relación laboral rebaje o desconozca la dignidad del trabajador como parte de la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito laboral.

Razón por la cual protege a la madre, al menor de edad y al impedido prioritariamente en cualquier modalidad de trabajo para garantizar el acceso y permanencia a un trabajo en condiciones de igualdad, como parte del desarrollo de la subsistencia de la persona y su dignidad humana, como base de fundamento de los derechos laborales.

### 2.2.1. La madre trabajadora.

La madre trabajadora o gestante, goza de la especial protección constitucional, el cual se denota en obligaciones en materia laboral orientadas al fomento del desarrollo profesional y su estabilidad en el puesto de trabajo.

Dicha protección se regula en el artículo 4 y artículo 23 de la Constitución:

#### “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”**

En los presentes artículos se evidencia la presencia del principio protector a favor de la madre, así “nuestro ordenamiento jurídico recoge expresamente diversos principios del Derecho del Trabajo. A nivel constitucional ha consagrado el principio protector, la

igualdad en las relaciones laborales, el indubio pro operario y la irrenunciabilidad de derechos. A este listado habría que añadir el principio de norma más favorable (..)” (Boza 2002:180)

Como una manifestación de la prohibición de la discriminación por razón de sexo, por ello las normas laborales que regulan las relaciones de las madres trabajadoras, deben interpretarse de acuerdo con este principio y en interés de salvaguardar también al niño que esta por nacer.

De acuerdo con ello, la protección a la madre en el ámbito laboral peruano se ha reflejado en lo siguiente:

- a. Ley N° 28048 que prohíbe las labores peligrosas para la salud y desarrollo normal del embrión y feto durante la gestación.
- b. Ley N° 30367 sobre licencias pre y post natal 49/49 como subsidio, más 30 días adicionales en caso de nacimiento múltiple.
- c. Permiso por lactancia.
- d. Nulidad del despido por motivo del embarazo.

En ese sentido, la protección derivada del artículo 23 de la Constitución implica la necesidad de dictar medidas legislativas que propicien el desarrollo de la relación laboral. Asimismo, la protección a la madre que trabaja también se encuentra en instrumentos internacionales como el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también en el literal a) del inciso 2 del artículo 11 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra mujer – CEDAW, a su vez se encuentra el artículo 8 del Convenio 183 OIT sobre la protección de la maternidad, y en el Sistema Interamericano, se regula la protección a la maternidad en el literal a) del numeral 3 del artículo 15 del Protocolo de San Salvador.

El fin de estas normas es garantizar que el periodo de gestación hasta el parto y nacimiento guarden una adecuada “convivencia” respecto a la relación que la madre generará con el niño, por lo que es prioridad del Estado velar por la familia y que, en el caso de las madres, no pierdan el empleo por su condición de embarazo.



Por ello, la protección debe encontrarse dentro de toda la relación laboral, incluyendo el periodo de prueba, ya que en varias ocasiones se encubre el despido por motivo de embarazo con la no superación del periodo de prueba, y esto se debe en parte a que no se encuentra delimitado normativamente la necesidad de justificar la no superación del periodo de prueba y por ende la no obtención de protección contra el despido arbitrario.

Según ello, se ha debatido la constitucionalidad del despido durante el periodo de prueba en diferentes sentencias del Tribunal Constitucional, dentro de las cuales se debió analizar desde la protección reforzada brindada en el artículo 23 de la Constitución y no solo desde la protección del despido arbitrario, como lo ocurrido en los siguientes casos: Exp. 02456-2012-AA/TC (Jacqueline Carranza Maza), y en el Exp. 01969-2012-AA/TC (Kathy Portocarrero Ramírez), las sentencias del Tribunal Constitucional consideraron que ante la no superación del periodo de prueba, no se vulneró los derechos de las demandantes, ya que las trabajadoras no tenían protección contra el despido arbitrario.

#### **2.2.2. El menor de edad.**

Se protege también el derecho de los niños y adolescentes que trabajan, ya que requiere de especial atención del Estado la regulación del trabajo que puedan desarrollar, de acuerdo con los parámetros constitucionales y tratados internacionales a los que alude la Cuarta Disposición Final y Transitoria respecto de la interpretación de los derechos fundamentales.

Así, dicha protección se regula en el artículo 4 y artículo 23 de la Constitución:

##### **“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”**

De la interpretación conjunta de ambos artículos se destaca que esta categoría de sujeto protegido no solo cuenta con una protección general como niño y adolescente, sino

también en el ámbito de las relaciones laborales. Siendo importante destacar que se trata de un grupo vulnerable a nivel social.

Las normas más importantes sobre la materia son las siguientes:

- a) El Convenio 138 de la OIT sobre la edad mínima de trabajo.
- b) El Convenio 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil.
- c) Declaración Universal de los Derechos del Niño.
- d) Ley. N° 27337 Código del Niño y Adolescente.

Se ha establecido así una edad mínima para trabajar, desde 15 años en caso las labores seas agrícolas no industriales; 16 años para la industria, comercio y minería; 17 años para el caso de la pesca industrial y 14 años en otras modalidades; con excepción de los 12 años siempre que no se perjudique la salud o desarrollo, ni la limitación a la educación.

El Estado peruano, al igual que en el caso de la madre tiene el deber y la obligación de generar medidas que eliminen cualquier forma de discriminación contra este tipo de sujeto laboral, velando que no exista un abuso en el extracto laboral por la condición de ser menor de edad conforme a los convenios internacionales.

### **2.2.3. El impedido.**

Esta categoría de sujeto laboral protegido contempla determinadas obligaciones orientadas a garantizar el acceso y permanencia a un puesto de trabajo, en condiciones de igualdad. Teniendo en cuenta que una persona con discapacidad vendría a ser aquella que tiene deficiencias sensoriales, intelectuales o físicas que impida el ejercicio de sus derechos ante la ausencia de una adecuación a su condición que elimine las barreras existentes a su entorno, por ello se regula en el artículo 23 de la Constitución:

**“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”**

Para lo cual contamos con a Ley N° 29973 Ley General de la Persona con Discapacidad, la cual prohíbe los actos de discriminación y la nulidad de estos cuando afecten el acceso

y la permanencia en el empleo, además que fomenta el empleo con la obligación de la cuota de empleo de las personas con discapacidad, y otros beneficios orientados a la protección de los trabajadores que se encuentren en esta categoría, ya que “uno de estos bienes jurídicos especialmente protegidos es la igualdad y no discriminación” (Landa 2014:233)

Asimismo, el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha establecido una mejor protección, señalando que se reconoce “el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás.”

De acuerdo con ello, el Estado Social y Democrático de Derecho debe garantizar el ejercicio de los derechos de estos tres sujetos laborales, otorgando las herramientas normativas necesarias y razonables para superar el estado de vulnerabilidad.

Razón por la cual, se tiene la obligación constitucional de protección con un plus de tutela a los sujetos ya mencionados; sin embargo, respecto a la protección contra el despido arbitrario regulado en el artículo 27 de la Constitución, se ha delimitado en cuestión al desarrollo normativo del legislador la protección adecuada, para lo cual es necesario verificar si a efectos del caso el legislador cumple el mandato constitucional de protección, en la figura legal del periodo de prueba y la protección contra el despido arbitrario.

### **III. ¿Es el periodo de prueba una excepción a la protección contra la arbitrariedad?**

Para responder este interrogante primero se explicará la naturaleza del periodo de prueba en el ordenamiento jurídico, para analizar luego si la no superación de este en la relación laboral es un procedimiento tuitivo del derecho al trabajo y determinar así las implicancias en el caso de las madres, menores de edad e impedidos como sujetos laborales protegidos.

#### **3.1 Configuración legal del periodo de prueba.**

La naturaleza del periodo de prueba en la legislación nacional, se determina como “un periodo legal, en el cual el empleador puede extinguir la relación laboral de manera unilateral o resolver el contrato de trabajo sin necesidad de causa justa, de acuerdo a ley,

por lo que no sería necesario el procedimiento de despido en nuestra legislación.” (Paredes 2013:24).

Conforme a ello, se tiene que el periodo de prueba viene a ser la etapa donde el empleador y el trabajador conocen las aptitudes mutuas a fin de establecer la continuidad del contrato de trabajo, ya que en este periodo se pone a prueba las capacidades y la adaptación del trabajador en el puesto de trabajo.

Asimismo, la finalidad del periodo de prueba es el “recíproco conocimiento en orden a valorar las aptitudes personales y profesionales de cada uno (empleador y trabajador) para decidir la subsistencia o no del vínculo tras la experimentación in situ de las obligaciones asumidas.” (De Valtena 1998:9). Por lo que, el periodo de prueba vendría a ser la fase inicial del contrato de trabajo, a través del cual “el resultado negativo de la prueba del empleador sobre las capacidades del trabajador, actuaría como causa legal del despido durante este plazo.” (Aparicio 2016:149).

Conforme con ello, nuestra legislación regula la duración del periodo de prueba legal en el primer párrafo del artículo 10 del TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), Decreto Supremo N° 003-97-TR:

*“Artículo 10°.- El periodo de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario.”*

La aplicación del plazo de 3 meses es para todo tipo de contratación laboral, en la cual el empleador tiene la facultad de terminar la relación laboral durante la vigencia de este, eximiéndose del pago de una indemnización, debido a que el trabajador deberá primero superar el periodo de prueba para alcanzar la protección contra el despido arbitrario, y por ende el derecho a una indemnización.

Respecto al periodo de prueba convencional regulado en el segundo párrafo del artículo 10 de la LPCL, se señala lo siguiente:

*“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”.*

De la disposición se desprende que el empleador y el trabajador tienen la facultad de ampliar el periodo de prueba de 3 meses, solo si las labores a desarrollar por el trabajador lo requieran o por el grado de responsabilidad del puesto de trabajo, que validen o justifiquen la necesidad de la ampliación del plazo de 3 meses a uno mayor, exigiéndose para ello el requisito de la constatación por escrito en el contrato de trabajo al inicio de la relación laboral.

De acuerdo con ello, se entiende que hay dos límites temporales en el periodo de prueba, uno por el tipo de trabajador y otro por la duración del contrato de trabajo.

En el primer caso, el límite por el tipo de trabajador se refiere a que cuando el trabajador no tenga la calificación de confianza o de dirección le correspondería un periodo de prueba máximo de tres meses, ya que no se ha regulado causales que haga necesaria la ampliación por más tiempo; en cambio, si el trabajador es de confianza tendría un periodo de prueba máximo de seis meses y fuera de dirección el periodo de prueba máximo sería de hasta un año, con la observación de que solo se aplicará dicha ampliación cuando se requiera la adaptación o capacitación, y/o cuando la naturaleza o responsabilidad del puesto de trabajo lo justifique.

Del segundo límite temporal por la duración de contrato de trabajo, se entiende que “cuando la duración del contrato sea menor a un año, la del periodo de prueba debe ser proporcional a aquella, esto es no exceder de una cuarta parte de la misma, pues esta es la proporción de aquel periodo cuando el contrato dura un año.” (Blancas 2013:164)

Sin embargo, en nuestra legislación se regula que la duración del contrato de trabajo a plazo fijo de más de tres meses, puede tener una duración de periodo de prueba por tres meses, ampliable a seis meses si es de confianza y un año si es de dirección; así en caso que el contrato sea de una menor duración a tres meses, el periodo de prueba tendrá como vigencia el plazo de duración del contrato de trabajo; teniendo en cuenta que de haber una recontractación del trabajador, ya no podrá ser posible pactar un nuevo periodo de

prueba, en sentido a que si el empleador lo ha recontratado es porque aprobó o superó el periodo de prueba en la primera contratación.

Entonces bajo esta consideración, se puede afirmar que la regulación del periodo de prueba en el Perú es subjetiva, en función a que existe una presunción implícita de legalidad en la determinación del empleador sobre la causa de no superación de este. Razón por la cual, al no existir un procedimiento que habilite al empleador a demostrar la causa objetiva que motive la no superación del periodo de prueba, devendría indirectamente en un despido arbitrario de los trabajadores cesados por una causa no justificada, cuando debería estar motiva por una falta de adecuación al puesto de trabajo por razones de conducta o capacidad.

#### **IV. La debida interpretación constitucional de la protección reforzada, como motivación para una justificación sobre la no superación del periodo de prueba.**

La condición de vulnerabilidad de la madre gestante, el menor de edad y el trabajador impedido justifica la necesidad de tutela reforzada que proteja sus derechos en amparo del principio de igualdad y el derecho al trabajo.

Así respecto al principio de igualdad sobre el cual recae parte de la justificación de la protección reforzada de los sujetos laborales, es pertinente analizar a la igualdad y no discriminación en las relaciones laborales, en tanto según expone Neves “el principio de igualdad supone comparar dos situaciones y conferir el trato correspondiente: igual trato a situaciones iguales y desigual trato a situaciones desiguales. Tanto el Estado como particulares, en nuestros actos normativos o no, estamos obligados a procurar este trato equivalente” (2006:339), y así se regula también en el artículo 26 inciso 1 de la Constitución la igualdad de oportunidades, como precepto que consagra el principio de igualdad en el trabajo.

Asu vez, el derecho a la igualdad, conforme al artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Perú de 1993, regula que “Toda persona tiene derecho: 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.”

De esta norma se desprende dos enfoques, la primera es la igualdad formal, “por la cual todas las personas tienen derecho a que la ley los trate y se les aplique por igual: frente a la igualdad sustancial o material, que impone más bien la obligación de que la ley tienda además a crear igualdad de condiciones y oportunidades para las personas.”(Eguiguren 1997:65).

En ese sentido de la igualdad formal se distinguen dos consideraciones importantes, el primero la igualdad ante la ley que exige que no se emitan normas que vulneren el derecho a la igualdad y la segunda la igualdad en aplicación de la ley que se encuentra dirigida a los órganos jurisdiccionales y públicos a cumplir con la ley sin exclusiones.

En el caso del derecho a la igualdad ante la ley, también se encuentra reconocido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como también en el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo II de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por otro lado, sobre la igualdad de trato, Neves menciona que “vincula a la autonomía privada en sus diversas exteriorizaciones, normativas o no normativas. Quedan comprendidas las decisiones unilaterales del empleador (no contratar o no promover o sancionar a un trabajador).” (2009:139).

El segundo enfoque material de la igualdad, se refiere a la igualdad de oportunidades, que busca la superación de las desigualdades que se encuentran presentes en la sociedad, por lo que el Estado es garante de promover medidas y condiciones de remoción de obstáculos que impiden el ejercicio de la igualdad.

Así Eguiguren menciona que “se trata de un mandato encaminado a avanzar en la igualdad sustancial o material, trascendiendo a la mera igualdad formal, mediante la adopción de medidas positivas o afirmativas que deben conducir a la creación de una mayor igualdad de oportunidades” (1997:67). En principio la igualdad viene a ser una de las bases de la armonía social y del Estado Social de Derecho

De contrapartida con ello, la existencia de la discriminación en el trabajo que impulsa las desigualdades, y que vulnera los derechos fundamentales laborales, se distingue en dos tipos de motivos prohibidos; el primero la discriminación directa, que establece un trato discriminatorio sin sustento basado en causas o razones objetivas; y, la segunda que vendría a ser la discriminación indirecta, la cual se evidencia a través de medidas diferenciadoras que aparentan neutralidad, pero que provocan una acción discriminatoria.

Dichos motivos prohibidos se plasman en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución, por razón al sexo, raza, origen, etc. en virtud a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución los tratados relacionados en la materia, que deben interpretarse de conformidad al principio de igualdad; por ello, en materia laboral el Perú ratificó el Convenio N° 100 sobre igualdad de remuneración entre varones y mujeres; y el Convenio N°111 sobre discriminación en materia de empleo y ocupación, ambos convenios de la Organización Internacional de Trabajo.

Seguido a ello, la igualdad y no discriminación también está regulado en el artículo 1 de la Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), en el artículo 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en ellos artículos 1, 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En el sistema interamericano, la igualdad y no discriminación se encuentra regulado en el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 3 del Protocolo de San Salvador: Protocolo Adicional a la Convención Americana y en el artículo 6 de la Convención de Belem do Pará: Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

Consecuentemente, el mandato de prohibición de discriminación, en las relaciones laborales se encuentra presente en la determinación de causales de despido nulo, regulado en el artículo 29 de la LPCL y en el artículo 30 de la misma norma en casos de actos de hostilidad.



Así en las relaciones laborales se tiene que una de manifestaciones de la discriminación más común es la no superación del periodo de prueba de trabajadoras gestantes, trabajadores discapacitados o menores de edad, como forma de encubrimiento de un despido discriminatorio por la condición que caracteriza a cada uno de ellos.

Para ello, es necesario delimitar la aplicación del periodo de prueba a fin de que no pueda ser utilizado para evitar la contratación de trabajadores protegidos en el ámbito reforzado del artículo 23 de la Constitución y se evite que la decisión del empleador no se encuentre relacionada a cualquier causa de naturaleza discriminatoria, que devenga en vaciar de contenido el propósito de este.

De acuerdo con ello, la no superación del periodo de prueba debe enfocarse en factores como el perfil profesional que se busca en el puesto de trabajo, el cual será evaluado de forma razonable en el plazo de duración de la evaluación, a fin de determinar un resultado en el desempeño de las labores encomendadas.

Además, si bien es difícil de medir el desempeño de un trabajador en el periodo de prueba, se debe considerar que el trabajador ya pasó previamente por un proceso de selección para obtener el trabajo, razón por la cual el periodo de prueba debería complementar la evaluación del trabajador de forma adecuada al ser un tipo de capacitación de entrada en la relación laboral, por lo que la protección contra el despido arbitrario regulado en el artículo 27 de la Constitución, al ser un derecho de configuración legal que prevé una reserva de ley para su desarrollo y ejercicio, debería legislarle en función a brindar una protección desde el inicio periodo de prueba y no después de superarlo. Es decir, esa protección se relacionaría a la necesidad de motivar la causa objetiva que genera la no superación del periodo de prueba, para que así deje ser simplemente una causa legal implícita.

Por lo tanto, el objeto de otorgar una mayor protección sobre la estabilidad laboral es buscar la preservación del contrato de trabajo, ante cualquier contingencia que se pueda presentar en la relación laboral, de conformidad con el artículo 4 de la LPCL que regula “una manifestación del principio de continuidad (...), se reconoce una presunción, iuris

tantum, a favor de la existencia de un contrato de trabajo de duración indeterminada.” (Blancas 2013:157).

Conforme con ello, Ferro señala que “por regla general, nuestra legislación ha establecido que la contratación de personal debe celebrarse de manera indefinida, lo que suele conceptuarse como estabilidad laboral de entrada; esto es la preferencia de la contratación a plazo indefinido sobre la contratación temporal.” (2019:23).

Así, se entiende que la estabilidad laboral en aplicación del principio de continuidad busca garantizar desde el inicio de la relación laboral, la protección del fin del contrato, optando por dar preferencia a que las contrataciones sean de duración indeterminada, entendiéndose como estabilidad laboral de entrada; y la protección contra los despidos que no expresen una causa establecida por la ley, constituiría la estabilidad laboral de salida. Con el fin de garantizar el contenido esencial del derecho del trabajo, en el acceso a un empleo y en la permanencia en el mismo, salvo se termine por una causa justa, en atención al artículo 6 y artículo 7 del Protocolo de San Salvador que es fuente de observancia obligatoria en el desarrollo de la estabilidad laboral y el derecho de trabajo.

Razón por la cual, se requiere implementar un mecanismo de protección dentro del periodo de prueba, que incorpore una debida motivación de las razones que propician la no superación de este, y seguido a ello encontrar un medio idóneo de protección de los tres sujetos laborales durante el periodo de prueba.

#### **4.1 Procedimiento en el periodo de prueba.**

Ante la necesidad de implementar un mecanismo de protección para evitar incurrir en acciones discriminatorias de parte del empleador dentro del periodo de prueba, por la vulnerabilidad de la madre que trabaja, el menor de edad y el impedido, es pertinente pensar en un procedimiento reforzado que no permita al empleador disponer arbitrariamente de la no superación del periodo de prueba como forma de extinción del vínculo laboral, con la premisa del artículo 23 de la Constitución como argumento del rol garantista del Estado y la dimensión prestacional que deriva de la conservación del trabajo como contenido esencial del derecho al trabajo, por lo que dicha protección reforzada debería irradiarse desde el inicio del periodo de prueba y no después de su superación.

Por tal motivo, el procedimiento debería ser análogo al regulado en el artículo 31 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que permita que los trabajadores puedan ejercer su derecho de defensa con la acreditación de sus descargos ante la comunicación de no superación del periodo de prueba.

Asimismo, en caso de que el empleador no señale las causas de su decisión y no permita al trabajador ejercer su derecho de defensa, nos encontraríamos ante un supuesto de despido nulo, por el encubrimiento del acto discriminatorio con la falta de motivación en la no superación del periodo de prueba.

Así los puntos importantes para valorar vienen a ser las causas que motiven que el trabajador no superó el periodo de prueba, las cuales deben estar relacionadas con las reguladas en el artículo 23, artículo 24 y artículo 25 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

## **V. Conclusiones**

El Estado Social de Derecho, es el fundamento del desarrollo de los derechos fundamentales laborales, que implican la coexistencia de la libertad de cada titular a decidir optar por un puesto de trabajo y el aspecto prestacional respecto al acceso al trabajo, considerado como estabilidad de entrada y la permanencia en el mismo, como estabilidad laboral de salida.

Es importante reconocer también la necesidad de tutela a los trabajadores en las relaciones laborales, por la asimetría de poderes, y especialmente a los que se encuentran en situación de vulnerabilidad como la madre, el menor de edad y el impedido, por ser objeto de discriminación y vulneración de sus derechos laborales.

El periodo de prueba es una figura legal cuya regulación implica una dimensión subjetiva en su aplicación, ya que no existe la necesidad de motivar la causa de no superación de este, sin embargo, ello no quiere decir que la causa no exista, ya que sí está presente solo que el empleador y el legislador interpretan que es una causa legal, en la cual no se requiere justificar porque la protección contra el despido arbitrario es posterior a la superación del periodo de prueba.

En el caso de los sujetos laborales protegidos al ser trabajadores extraordinarios es necesario que el legislador habilite una protección contra el despido arbitrario dentro del periodo de prueba, a diferencia de los trabajadores ordinarios.

La protección debe estar enfocada en la implementación de un procedimiento de no superación del periodo de prueba que motive o justifique el por qué el sujeto laboral protegido no se encuentra apto para el puesto de trabajo.

Asimismo, se debe considerar aspectos previos a la contratación, es decir el proceso de selección que el trabajador ya superó para ingresar a trabajar, como antecedentes a favor de este en la evaluación establecida como periodo de prueba. Además, el deber del empleador no culminará con la motivación de no superación, sino que el procedimiento brindaría mejores condiciones para que el trabajador pueda defenderse.

La adaptación de un procedimiento vendría a la par del ya existente en el artículo 31 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en el cual se valore las causas reguladas por ley, es decir que deriven de la capacidad o de la conducta y que estos motivos generen la no superación del periodo de prueba.

Finalmente, la interpretación del artículo 23 de la Constitución debe ser de forma análoga con el artículo 27 de la misma, a fin de determinar la necesidad de brindar una tutela idónea sobre el despido arbitrario dentro del periodo de prueba.

## **VI. Bibliografía**

**ALEXY, Robert.**

2007 “Teoría de los derechos fundamentales.” Madrid. Segunda Edición. Centro de Estudios Político y Constitucionales.

**ARCE, Elmer.**

2013 “Derecho individual del trabajo en el Perú.” Lima. Segunda edición. Palestra Editores,

**ARÉVALO, Javier.**

2017 “La protección de la mujer trabajadora contra la discriminación.” Lima. Lex N°19.

**APARICIO, Rebeca.**

2013. “El periodo de prueba, la carga de la prueba y la tutela jurídica de los trabajadores. Análisis de la STC Exp. N°2456-2012-AA/TC.” Lima. Dialogo con la Jurisprudencia N° 175. 2013. P. 29-33.

**APARICIO, Rebeca.**

2016 “Una revisión del concepto de periodo de prueba frente a la nueva doctrina del Tribunal Constitucional.” Madrid. Anuario Jurídico y Económico Escorialense.2016.

**ATIENZA, Manuel.**

2015. “Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica.” Palestra Editores. Tercera Edición. Lima. 2015.

**ÁVALOS, Oxal.**

2015 “Alcance sobre la tutela frente al despido de la madre trabajadora.” Lima: Dialogo con la jurisprudencia N° 207, 2015, pp. 13-23.

**BOZA, Guillermo.**

2002 “Los sujetos laborales especialmente protegidos en la Constitución de 1993.” Taller Derecho, Lima. 2002

**BOBBIO, Norberto.**

1991 “El tiempo de los derechos.” Madrid: Editorial Sistema – Fundación Sistema. 1991.

**BLANCAS, Carlos.**

2013 “El despido en el derecho laboral peruano.” Tercera Edición. Lima: Jurista Editores E.I.R.L, 2013.

**BLANCAS, Carlos.**

2015 “Derechos fundamentales laborales y Estabilidad en el Trabajo.” Palestra Editores. Lima. 2015

**DE VALTENA, Ángel.**

1998 “Pacto de prueba y contrato de trabajo, Civitas, Madrid. 1998.”

**EGUIGUREN, Francisco.**

“Principio de igualdad y derecho a la no discriminación”. Lima: Ius Et Veritas N° 15, Pág. 63-72.

**FERRAJOLI, Luigi.**

2001 “Los fundamentos de los derechos fundamentales.” Madrid: Editorial Trotta S.A. 2001

**GARCÉS, Patricia.**

2016 “La protección de los derechos fundamentales de las mujeres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: ¿más limitaciones que avances?.” Lima. Pensamiento Constitucional N°21. 2016.

**LANDA, César.**

2014 “El derecho del trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización: análisis especial del caso de la mujer y la madre trabajadora.” Lima. Themis. 2014.

**NEVES, Javier.**

2009 “Introducción al Derecho del Trabajo.” Lima: Fondo Editorial PUCP, 2009.

**NEVES, Javier.**

2006 “Los principios del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.” En Tribunal Constitucional del Perú. Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral. Lima: Palestra, 2006.

**PACHECO, Luz.**

2008 “Periodo de prueba: Naturaleza y Régimen Jurídico.” Lima. Ius doctrina y práctica.

**PAREDES, Ivan y Higuchi, Guiliana.**

2013. “El periodo de prueba y su tratamiento por la jurisprudencia del tribunal Constitucional.” Lima: Diálogo con la jurisprudencia N° 175, 2013, p. 23-28.