

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



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

La nulidad de despido por embarazo en el particular caso
de la trabajadora que ha sufrido la interrupción involuntaria
de su gestación

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

Autor:

Flory Katherine Tocto Guerra

Asesor:

Manuel Gonzalo De Lama Laura


Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, DE LAMA LAURA, MANUEL GONZALO, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo Académico titulado “La nulidad de despido por embarazo en el particular caso de la trabajadora que ha sufrido la interrupción involuntaria de su gestación”, del autor(a) TOCTO GUERRA, FLORY KATHERINE, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 17%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 04/12/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 19 de febrero del 2024

| | |
|--|--|
| DE LAMA LAURA, MANUEL GONZALO | |
| DNI: 42890241 | Firma: |
| ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7286-8621 |  |

RESUMEN

El presente artículo tiene como propósito determinar si es válida la aplicación de la normativa jurídica que regula el despido nulo por embarazo, al caso de la trabajadora que ha sufrido la interrupción involuntaria de su gestación; toda vez que, este supuesto de hecho particular no se encuentra previsto de manera expresa en el artículo 29, literal e), de la LPCL. Así pues, de una revisión gramatical de su contenido normativo se puede evidenciar que este literal aborda el hecho biológico de la maternidad, desde una mirada androcéntrica del derecho, que no permite visibilizar la realidad de las mujeres, esto es, que no todos los embarazos terminan en un parto exitoso.

Teniendo en cuenta lo anterior, el artículo concluye que es necesaria una interpretación correctora o extensiva de la norma en cuestión, mediante la utilización de dos métodos de interpretación (sistemático y lógico); a fin de evitar la limitación de la actividad interpretativa a la aplicación del método literal. Así también, a partir de ambos métodos, se colige que, la protección del despido nulo se extiende válidamente a la trabajadora que ha sufrido la pérdida natural de su embarazo; protección que puede incluso ser exigida con mayor intensidad, en tanto, la frustración generada en la mujer, trae consigo un debilitamiento físico y psíquico que, ante un despido pueden verse exacerbados. Finalmente, se concluye que, en el caso planteado, es totalmente factible la solicitud adicional de una indemnización por daños y perjuicios, al existir un evidente daño moral a la persona.

Palabras clave

Trabajadora gestante, interrupción involuntaria de la gestación, nulidad de despido, métodos interpretativos, daño moral.

ABSTRACT

The purpose of this article is to determine whether the application of the legal regulations that regulate null dismissal due to pregnancy is valid, to the case of the worker who has suffered the involuntary termination of her pregnancy; since this particular event is not expressly provided for in article 29, literal e), of the LPCL. Thus, from a grammatical review of its normative content, it can be seen that this literal addresses the biological fact of motherhood, from an androcentric view of the law, which does not allow the reality of women to be made visible, that is, that not all pregnancies end in a successful birth.

Taking into account the above, the article concludes that a corrective or extensive interpretation of the norm in question is necessary, through the use of two interpretation methods (systematic and logical); in order to avoid limiting the interpretive activity to the application of the literal method. Likewise, from both methods, it is deduced that the protection of null dismissal is validly extended to the worker who has suffered the natural loss of her pregnancy; protection that may even be demanded with greater intensity, meanwhile, the frustration generated in women brings with it a physical and psychological weakening that, in the event of a dismissal, may be exacerbated. Finally, it is concluded that, in the case presented, the additional request for compensation for damages is completely feasible, as there is evident moral damage to the person.

Keywords

Pregnant worker, involuntary interruption of pregnancy, nullity of dismissal, interpretative methods, moral damage.

ÍNDICE

| | | |
|------|---|----|
| I. | INTRODUCCIÓN | 0 |
| II. | SECCIÓN 1: LA PROTECCIÓN ESPECIAL HACIA LA TRABAJADORA EN ETAPA DE GESTACIÓN | 2 |
| | 2.1. El principio de protección especial de la trabajadora gestante | 2 |
| | 2.2. Normativa internacional de la protección especial a la trabajadora en estado de gravidez | 4 |
| | 2.3. Normativa nacional de la protección especial a la trabajadora en etapa de gestación | 7 |
| III. | SECCIÓN 2: LA CONFIGURACIÓN DEL DESPIDO NULO POR EMBARAZO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO | 9 |
| | 3.1. La presunción del motivo del despido | 11 |
| | 3.2. La carga de la prueba | 13 |
| | 3.3. La prueba indiciaria | 15 |
| IV. | SECCIÓN 3: EL DESPIDO NULO POR EMBARAZO APLICADO AL CASO DE LA TRABAJADORA QUE HA SUFRIDO LA INTERRUPCIÓN INVOLUNTARIA DE SU PROCESO GESTACIONAL | 16 |
| | 4.1. La interpretación extensiva de la norma jurídica peruana que regula el despido nulo por embarazo | 19 |
| | 4.1.1. El método interpretativo lógico o de la <i>ratio legis</i> | 23 |
| | 4.1.2. El método de interpretación sistemática | 24 |
| | 4.2. La protección adicional en el caso del despido nulo por embarazo después de la pérdida natural de la gestación | 27 |

| | |
|---|-----------|
| 4.2.1. La mayor gravedad del despido nulo por embarazo no exitoso, en comparación del despido nulo por embarazo con parto satisfactorio | 29 |
| 4.2.2. La indemnización por daños y perjuicios | 31 |
| V. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES | 36 |
| VI. BIBLIOGRAFÍA | 38 |



I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo de investigación aborda el tema principal que subyace de un análisis previo realizado por la autora en el “Informe Jurídico sobre la Casación Laboral N.º 15216-2018”. En aquella oportunidad se pudo advertir que el supuesto de hecho referido al despido de una trabajadora que ha sufrido la pérdida natural de su gestación¹, no se encuentra previsto explícitamente en la normativa concerniente a la nulidad de despido por embarazo (artículo 29 e) de la LPCL). No obstante, ello no debe conllevar a que, mediante una limitada interpretación insuficiente, se posicione a la trabajadora ante una situación de total desprotección, a razón de haberse frustrado su embarazo involuntariamente, esto es, al no haber concluido el proceso gestacional con éxito.

En efecto, ceñirse a la mera literalidad de la norma aludida, en el caso particular, resulta sumamente nocivo, en tanto, supone validar actuaciones arbitrarias por parte de ciertos empleadores. Empleadores que, habiendo conocido con anterioridad el estado de gravidez de la trabajadora, e incluso la pérdida del embarazo, se sujeten a este último suceso doloroso para dar por terminada la relación jurídica laboral y a la par, alegar que no se habría configurado un despido nulo. Esto, en la medida que el despido, específicamente, se suscita en una línea temporal en la cual, la trabajadora ya no se encuentra en estado de gravidez; ni tampoco, dentro de los 90 días de protección posteriores al parto, pues este último nunca llega a concretarse en el particular caso.

Así pues, este informe busca dar respuesta a la pregunta consistente en si el despido nulo por embarazo alcanza a la trabajadora que ha sufrido la interrupción involuntaria de su gestación. Tema que, fue materia de análisis por la Corte Suprema con ocasión de la casación laboral mencionada *supra*; no obstante, más allá de este caso *sui generis*, el tema no ha recibido mayor tratamiento por parte de la doctrina jurídica, ni la jurisprudencia nacional.

¹ Los calificativos “pérdida involuntaria del embarazo”, “interrupción natural del embarazo o la gestación”, o “pérdida natural del embarazo” se utilizarán de manera indistinta, no existiendo un criterio específicamente válido según la OMS.

De allí que, es importante analizar la regulación del despido nulo por embarazo, que comprende el hecho biológico de la maternidad, desde una perspectiva de género, que nos permita visibilizar la realidad de las mujeres, esto es, que no todos los embarazos terminan en un parto exitoso, tal como se plantea de manera androcéntrica en la norma; al prever una protección de un embarazo perfecto, seguido del nacimiento o parto, extendiéndose hasta la lactancia.

Siendo así, a fin de dar respuesta a la interrogante formulada, se ha estructurado el trabajo en tres secciones o apartados. En la primera sección, se aborda la identificación de la protección especial brindada a la trabajadora en estado de gravidez, reconocida tanto en la normativa nacional; como también, en el marco regulatorio internacional. En la segunda sección, se analiza la configuración del despido nulo por embarazo, según el ordenamiento jurídico laboral peruano, conformado principalmente, por la LPCL y la NLPT, en las cuales se contempla elementos procesales y sustantivos a saber, la presunción del motivo del despido, la carga probatoria y la prueba indiciaria.

Finalmente, en la tercera sección, se analiza la nulidad de despido por embarazo aplicado al caso particular de estudio, esto es, a la trabajadora que ha sufrido la pérdida o interrupción involuntaria de su embarazo; ello, a fin de determinar si es válido aplicar la nulidad aludida al caso planteado, asimismo, a fin de establecer si es válido solicitar una protección adicional consistente en la indemnización por daños y perjuicios, específicamente por el daño moral causado a la trabajadora.

II. SECCIÓN 1: LA PROTECCIÓN ESPECIAL HACIA LA TRABAJADORA EN ETAPA DE GESTACIÓN

El principio protector constituye un criterio fundamental del derecho laboral, el cual se erige como un principio esencial que orienta y dirige el derecho del trabajo, y que asegura el objetivo primordial de instaurar un amparo priorizado a una de las partes de la relación jurídica: el trabajador. En tal sentido, si en el derecho común, el interés constante consiste en garantizar la paridad jurídica entre los sujetos del contrato; en el derecho del trabajo, el interés central consiste en proteger a una de ellas, para así, lograr a través de esta protección, una igualdad real entre ambos sujetos (Plá, 1988, 61).

Ello en tanto, el principio protector tiene como punto de origen el postulado de que, en toda relación laboral, el trabajador constituye la parte más endeble frente a su empleador; razón por la cual, resulta necesario que la ley intervenga en su resguardo, a fin de evitar acciones abusivas contra la parte en menor ventaja. Siendo así, por aplicación del principio en cuestión, se prescinde del criterio de igualdad entre las partes, característico de los contratos mercantiles o civiles; para pasar a tutelar, mediante una desigualdad jurídica, a la parte en manifiesta desventaja económica y social. Ello, con el objetivo de equiparar las desigualdades fácticas presentes en la realidad (Arévalo, 2016, 87).

En ese sentido, en base al principio protector, las normativas en materia laboral buscan eludir la predominancia singular de aquel que ostenta el poder económico por su condición de titular de los medios productivos; sobre aquel que únicamente es poseedor de su fuerza laboral y se encuentra en la necesidad de procurarse un ingreso, que le permita a él y a los miembros de su familia, la subsistencia y el bienestar material y espiritual (Arévalo, 2016, 88).

2.1. El principio de protección especial de la trabajadora gestante

El principio protector encuentra un resguardo constitucional en el artículo 23 de la Carta de 1993, el cual regula como enunciado normativo que el trabajo en cualesquiera de sus modalidades, debe ser atendido de manera prioritaria por

parte del Estado, el cual deberá proteger de modo especial, entre otros sujetos, a la madre.

Al respecto, la doctrina resalta dos características en torno a la regulación de este precepto constitucional que prevé el principio en cuestión. En primer lugar, en contraste a la Carta Magna de 1979, la cual usaba el término “protección”, la Constitución vigente utiliza la expresión “atención prioritaria”, dirigida a las categorías de trabajadores citadas *supra*. Siendo así, si bien existe una distinción semántica entre ambas normas, esta diferencia no resulta sustancial, si se entiende que la atención priorizada implica garantizar un cuidado especial o una protección enfatizada hacia ciertas categorías de trabajadores. Por lo cual, se desprende que, al igual que su antecesora, la Constitución de 1993 reconoce una función protectora del sistema laboral (Boza, 2011, 145).

En segundo lugar, la Carta Política vigente prevé una prelación en relación al principio protector y la extensión de una tutela de manera subjetiva. Siendo así, el enunciado “protege especialmente a la madre, el menor de edad y el impedido”, no debe ser entendido como una protección exclusiva; sino, preferente o prioritaria, la cual encuentra su justificación a razón de los singulares caracteres de los grupos aludidos y que, en virtud de ello, requieren de una tutela adicional, con el objetivo de equilibrarlos con las demás categorías, mas no en detrimento de estas últimas (Boza, 2011, 145).

Habida cuenta de lo anterior, se advierte entonces que, el principio protector definido principalmente como aquel instrumento elemental del derecho laboral, el cual compensa la lógica debilidad del trabajador - tanto en la esfera sustantiva como procesal - ante su empleador, alcanza un nivel superior de tutela cuando el trabajador tiene la particular característica o condición, de mujer gestante. Es decir, garantiza la protección del trabajador al constituir la parte más endeble de la relación; y aunado a ello, se le otorga una protección especial o un plus de tutela, a razón del alto grado de vulnerabilidad que implica la maternidad.

En esta línea, la Carta Política, en el artículo 4, reconoce a la madre y, por tanto, a la mujer gestante, como un sujeto de especial protección en toda esfera de actuación, sea pública o privada; en el sentido que señala que “la comunidad y el Estado protegen especialmente a la madre”. Asimismo, en el ámbito laboral,

se prevé una disposición específica en el artículo 23, en el cual se dispone la atención prioritaria del Estado para brindar una protección especial a la gestante que labora.

Siendo así, la protección especial por la condición de trabajadora gestante, es concedida respecto de otros trabajadores, incluso de otras trabajadoras que no cuentan con esta especial condición. En ese sentido, el tratamiento diferenciado responde a una razón claramente objetiva: el hecho biológico de la maternidad. Por lo cual, la tutela legal y constitucional debe ampliarse a todos los momentos biológicos derivados de esta, la gestación, el parto y la lactancia (Loyola, 2018, 49), pudiéndose extender incluso, como se verá más adelante, al supuesto de la pérdida involuntaria del embarazo o al parto no exitoso.

2.2. Normativa internacional de la protección especial a la trabajadora en estado de gravidez²

La protección especial o reforzada brindada a la trabajadora en estado de gravidez se encuentra reconocida y desarrollada de manera vasta, en distintas normas nacionales, como la Carta Magna del Perú y demás normativas legales de menor jerarquía; como también, en una serie de normas internacionales, adheridas de manera formal al Perú.

En razón ello, es necesario aludir que los tratados internacionales que versan sobre materia de derechos humanos se integran y pasan a formar parte de nuestro sistema jurídico nacional, a través de su debida ratificación por el estado peruano. Esto, ciertamente, en virtud de lo establecido por el Tribunal Constitucional, en la resolución conjunta de las sentencias recaídas en los expedientes 0025-2005- PI/TC y 0026-2005-PI/TC, en las que de una rápida revisión se puede advertir que, mediante una interpretación sistemática de los artículos 3 y 57 de la Carta Política del Perú, el órgano constitucional ha arribado a tal conclusión.

En esa misma línea, se prevé en la Cuarta Disposición Final y Transitoria del texto constitucional del Perú, así como, en el artículo IV del Título Preliminar de la NLPT, el deber de la autoridad judicial de impartir justicia no solo en razón de

² Este acápite ha sido desarrollado de manera más amplia por la autora, en un trabajo anterior, el cual se cita en la bibliografía.

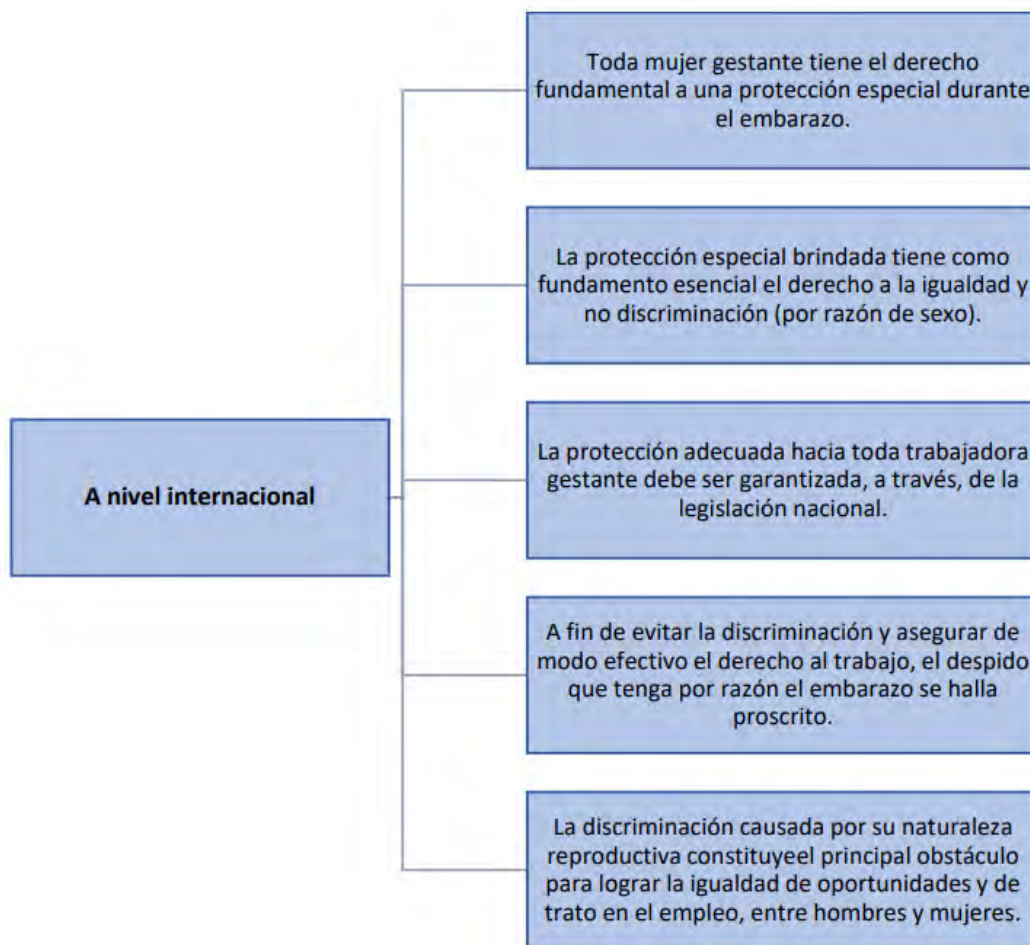
la Constitución y la ley; sino también, en concordancia con los tratados internacionales de derechos humanos.

Habida cuenta de lo anterior, se citan en los cuadros siguientes, los enunciados normativos extraídos de los principales instrumentos que consagran la especial protección hacia la trabajadora gestante, en el marco regulatorio internacional:

| | |
|--|---|
| <p>Declaración Universal de los Derechos Humanos</p> | <p>*Artículo 25: 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales" (Asamblea General de la ONU, 1948).</p> |
| <p>Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: "Protocolo de San Salvador</p> | <p>*Artículo 6: 2. (...) Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.</p> <p>Artículo 15: 3. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a:</p> <p>a. conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto" (Asamblea General de la ONU, 1966).</p> |

| | |
|--|--|
| <p>Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales</p> | <p>*Artículo 10:</p> <p>2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. (Organización de los Estados Americanos, 1988).</p> |
| <p>Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer</p> | <p>*Artículo 4:</p> <p>2. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria.</p> <p>Artículo 11:</p> <p>2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:</p> <p>a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil.</p> <p>d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella" (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1979).</p> |
| <p>C183 - Convenio sobre la protección de la maternidad (el cual tiene como antecedentes al Convenio 3 de 1919 y al Convenio 103 de 1952, ambos también sobre protección de la maternidad)</p> | <p>*Artículo 3:</p> <p>Todo Miembro (...) deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido mediante evaluación que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo.</p> <p>Artículo 8:</p> <p>1. Se prohíbe al empleador que despidiera 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. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador" (OIT, 2000).</p> |

En vista de los cuadros anteriores, esta especial protección a la trabajadora en estado de gravidez, a escala internacional, puede ser sintetizada en lo siguiente:



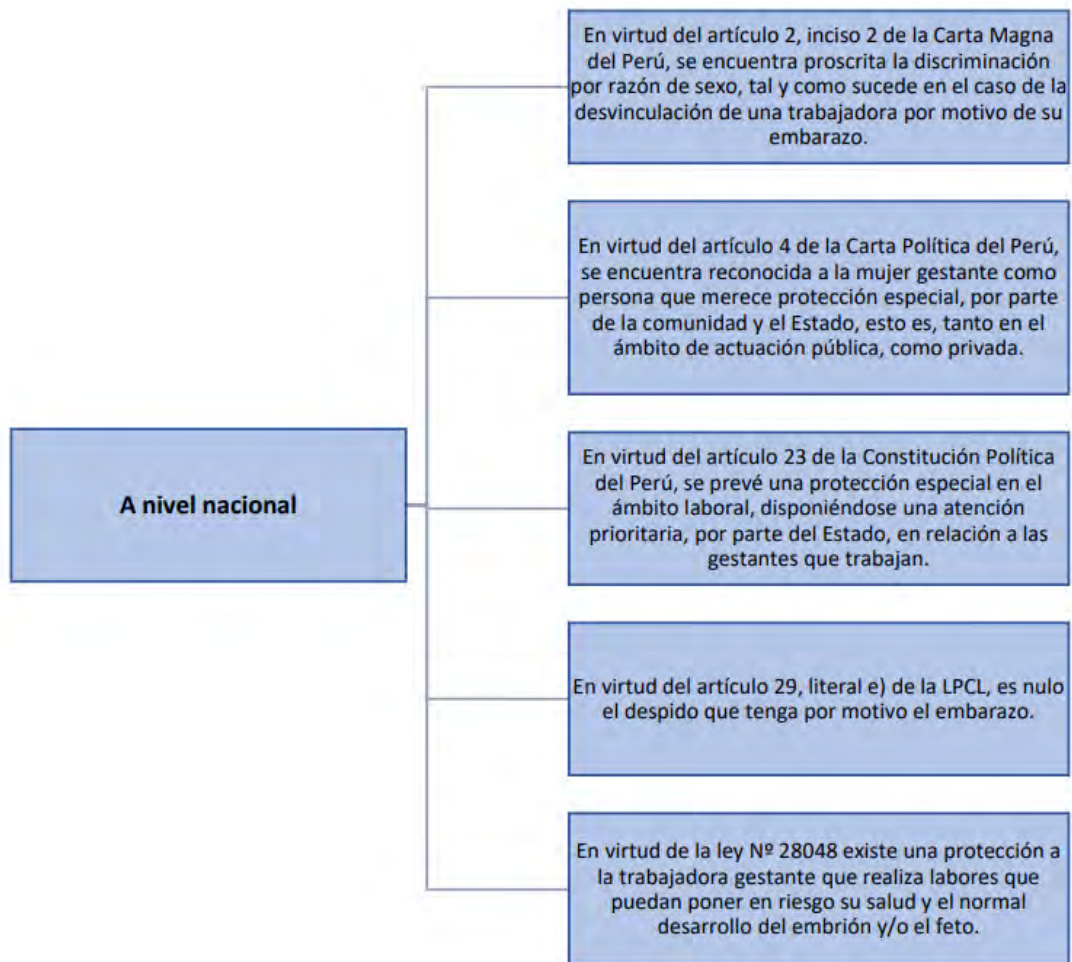
2.3. Normativa nacional de la protección especial hacia la trabajadora en etapa de gestación³

La legislación nacional sobre el particular es inorgánica, en tanto, no existe únicamente una norma que se ocupe de manera integral de la protección a la trabajadora en etapa de gestación; sino que, por el contrario, el tema es abordado por distintas normativas constitucionales e infraconstitucionales, tal y como se verá a continuación.

³ Este acápite ha sido desarrollado de manera más amplia por la autora, en un trabajo anterior, el cual se cita en la bibliografía.

| | |
|--|---|
| <p>Constitución Política del Perú</p> | <p>*Artículo 2: Toda persona tiene derecho: 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.</p> <p>Artículo 4: La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono (...).</p> <p>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 (...) Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador” (Congreso de la República, 1993).</p> |
| <p>Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR</p> | <p>*Artículo 29: Es nulo el despido que tenga por motivo: e) El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir. (...) Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa” (Ministerio de Trabajo, 1997).</p> |
| <p>Ley núm. 28048 de protección a favor de la mujer gestante que realiza labores que pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto.</p> | <p>Artículo 1: “En los centros de trabajo las mujeres gestantes solicitarán al empleador no realizar labores que pongan en peligro su salud y/o la del desarrollo normal del embrión y el feto durante el período de gestación, el cual debe estar certificado por el médico tratante. El empleador después de tomar conocimiento de lo solicitado asignará a la mujer gestante labores que no pongan en riesgo la salud y/o desarrollo normal del embrión y el feto durante el periodo de gestación, sin afectar sus derechos laborales” (Congreso de la República, 2003).</p> |

En vista del cuadro anterior, se puede anotar que las normas nacionales, congruentemente con las normas internacionales, prevén una especial protección hacia la trabajadora en estado de gravidez, la cual puede ser sintetizada en lo siguiente:



III. SECCIÓN 2: LA CONFIGURACIÓN DEL DESPIDO NULO POR EMBARAZO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

A partir de lo desarrollado en la sección anterior, se puede advertir la existencia de una protección especial dirigida a la trabajadora en etapa de embarazo. En tal sentido, en lo que respecta al ordenamiento jurídico peruano, el artículo 29 e) de la LPCL constituye el enunciado normativo que prevé una particular protección contra el despido motivado por la condición biológica que, singularmente las mujeres en razón del sexo femenino - asignado al nacer - pueden tener: el embarazo. Configurándose así, de ser el caso, el denominado despido nulo por embarazo; siempre que no sea acreditada una causa de despido que sea justa, por parte del empleador.

En efecto, lo anterior se condice con lo previsto en el artículo 22 de la Carta Política, en el cual se reconoce de modo expreso el derecho al trabajo; sobre este derecho en cuestión, el máximo interprete de la Constitución se ha pronunciado, en su oportunidad, aludiendo que el contenido esencial del derecho al trabajo comprende dos aspectos a saber: i) el derecho de acceder a un puesto de trabajo; y ii) el derecho a no ser despedido salvo exista una causa justa de despido (Tribunal Constitucional, 2002, fundamento 12)⁴.

Respecto al primer aspecto; a partir de la realidad de nuestra sociedad con estructuras sociales y culturales patriarcales, se puede advertir que las mujeres - como parte de un grupo históricamente vulnerado - se encuentran aún, pese a los avances en la materia, frente a muestras de discriminación en el empleo y ante la compleja situación de poder acceder a un puesto de trabajo. Siendo así, entre las razones principales por las cuales se suele contratar en menor medida al sexo femenino, sobre todo a mujeres en estado de gravidez o en edad de concebir, la doctrina ha señalado principalmente dos motivos: i) el hecho divergente de la maternidad; y ii) la atención prevalente de las actividades relativas al trabajo doméstico y al cuidado de los hijos o familiares (Sanguinetti, 2004, 33).

De allí que, resulte necesario el desarrollo de acciones positivas que generen condiciones de igualdad material entre hombres y mujeres, a fin de equiparar la inserción de las mujeres en el mercado de trabajo. Puesto que, el principio de igualdad y no discriminación debe aplicarse desde el tramo inicial de la oferta del empleo y extenderse hasta la terminación de la relación jurídica; calificándose la nulidad de todos los actos del empleador que se encuentren desprovistos de motivaciones objetivas y razonables (Landa, 2014, 233).

Respecto al segundo aspecto, en el cual se sitúa, en efecto, el despido nulo por embarazo; cabe señalar que, ante el despido, entendido como aquel acto unilateral del empleador que da término a la relación laboral, bastando la sola puesta a conocimiento del trabajador para que opere y surta efectos; el artículo 27 del texto constitucional, ha derivado al legislador la obligación de prever una adecuada protección al trabajador despedido injustificadamente. En ese sentido,

⁴ Exp. 1124-2001-AA/TC.

la LPCL contempla un modelo dual en el cual se da la coexistencia de dos niveles de protección contra el despido, en relación al grado de tutela concedido por el marco legal. Siendo así, tal como lo prevé el artículo 34 de la LPCL, ante un despido calificado como arbitrario, corresponderá una tutela resarcitoria (indemnización); y, frente a la calificación de un despido nulo, corresponderá una tutela restitutoria (reposición al puesto de trabajo).

En efecto, la razón de que un ordenamiento jurídico declare la nulidad y consecuente tutela restitutoria a determinados tipos de despidos, se debe a la magnitud que para este ostentan los bienes jurídicos lesionados a causa de su materialización. Entre los bienes jurídicos protegidos se tiene principalmente a la igualdad y no discriminación, razón por la cual, nuestro marco normativo ha previsto que el despido califica como nulo si este tiene como móvil el embarazo, tal como lo consagra el artículo 29 e) de la LPCL (Blancas, 2006, 279).

Habida de cuenta de ello, a continuación, se desarrollarán aquellos elementos sustantivos y procesales enmarcados en el enunciado normativo aludido, importantes a ser tomados en cuenta para el análisis de la configuración de la nulidad de despido por embarazo.

3.1. La presunción del motivo del despido

El artículo 29 de la LPCL, en específico, en su literal e), prevé una protección especial, contra el despido que tenga por motivo aquella condición biológica que singularmente las mujeres, en razón del sexo femenino, poseen:

| | |
|-------------------------------------|---|
| Artículo 29, literal e) de la LPCL: | "Es nulo el despido que tenga por motivo: <u>e) El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir (...)</u> " (subrayado añadido). |
|-------------------------------------|---|

Del texto antedicho se puede advertir que, concordantemente con las disposiciones citadas en los esquemas precedentes⁵, se prevén - actualmente -

⁵ Véase la sección 1.

tres móviles frente a los cuales, el despido efectuado contra la trabajadora podrá ser calificado bajo la nominación de despido nulo: el embarazo; el nacimiento y sus consecuencias; o, la lactancia. En tal sentido, si la terminación unilateral de la relación laboral se produce en la línea temporal que alcanza el periodo de gestación; o, los 90 días después de haber tenido lugar el parto, actuará la presunción *juris tantum*, la cual se encuentra vigente desde la modificatoria dada por la Ley N° 27185 en 1999⁶.

Así pues, se puede anotar que, la normativa referida al despido nulo establece un mayor nivel de tutela, en el particular caso del despido cuyo móvil consta el embarazo; ya que, respecto de las otras causales⁷, no opera de igual manera tal presunción legal, lo cual supone que la carga de la prueba recae en el trabajador demandante (Blancas, 2006, 310). En efecto, la legislación peruana consagra un trato distintivo en lo que respecta a la figura de la nulidad, en tanto, significa una ventaja probatoria para aquella trabajadora que es destituida durante el espacio temporal señalado *supra* (Toyama, 2008, 40).

Siendo así, en razón de esta presunción legal que enlaza el hecho base y el que se presume, lo que existe es una liberación de la carga probatoria a la parte favorecida. Por tanto, en el caso de la trabajadora gestante destituida se presumirá que, el despido tuvo como móvil sustancial su especial condición. Por lo cual, no tendrá por qué asumir la carga de la prueba en relación al móvil su despido, sino que, solo le competará probar su estado de gravidez; mientras que, al empleador le corresponderá acreditar la existencia de una causa justa de despido y a su vez que esta no se halla relacionada con la condición especial de la gestante (Tribunal Constitucional, 2022, fundamento 11).

Habida cuenta de lo anterior, se puede colegir que, a diferencia de los demás literales previstos en el artículo 29 de la LPCL, en el caso del despido nulo regulado en el literal e), opera una presunción del motivo del despido, siendo este motivo, el embarazo, y lo que naturalmente ello trae consigo, el parto y la lactancia. A partir de lo cual, se puede advertir que el motivo referido a la

⁶ La redacción primigenia del artículo 29 e) de la LPCL no contemplaba ninguna presunción legal. Es mediante la modificación efectuada a la Ley N° 27185, de fecha 19 de octubre de 1999, que el legislador inserta una presunción legal respecto del motivo de despido, únicamente para el caso del despido nulo por embarazo.

⁷ Literales a), b), c) y d) del artículo 29 de la LPCL.

“interrupción involuntaria del embarazo”, no se encuentra expresamente previsto en el literal en cuestión. Sin embargo, como será analizado en la sección 3, se debe tener una importante consideración a los alcances interpretativos de las normas jurídicas y no limitarlas a la aplicación literal; puesto que, el propósito es resguardar los derechos constitucionales de la persona, en el caso a ser analizado posteriormente, de la trabajadora gestante con parto no exitoso.

3.2. La carga de la prueba

La normativa laboral de la LPCL, prevé en el artículo 37, una regla general respecto de la carga de la prueba, consistente en que ni el despido, ni el motivo alegado se deducen o presumen; sino que, quien los acusa debe probarlos. En efecto, ello supone que, ambas partes - tanto el empleador, cuando realiza la imputación de un despido por cualesquiera de las faltas graves; como el trabajador, cuando estima que la motivante de su despido es nulo - se encuentran en la obligación de probar que los hechos materia de imputación califican como un despido.

En concordancia con la anterior, la NLPT prevé en el artículo 23 que, la labor probatoria compete a quien alega los hechos configuradores de su pretensión. En ese sentido, el empleado que estime vulnerado o lesionado alguno de sus derechos podrá demandar tal vulneración por la vía judicial, encontrándose ante la obligación de probar los hechos alegados (Toyama, 2016, 236).

En efecto, la acreditación probatoria constituye la regla general a ser aplicada en la casuística, no obstante, en el supuesto de la trabajadora en etapa de gestación se inserta una excepción. La cual, guarda una estrecha relación con la *presunción juris tantum* descrita *supra*, puesto que, en este caso particular se tendrá como hecho presumible que, el despido tuvo como causa motivadora la situación biológica de la gravidez, toda vez que el empleador no acredite la existencia de una causa justa de terminación del vínculo jurídico.

Así pues, ante la regla general del artículo 37 de la LPCL, se erige como única excepción, la causal prevista en el artículo 29 e) de la LPCL, en la que, tiene lugar una reversión de la carga probatoria. Por lo cual, corresponderá al

empleador acreditar la existencia de una causa justa de despido⁸; asimismo, en concordancia con lo previsto en Convenio 183 (de manera específica, en el artículo 8), recaerá en el empleador la probanza de que el motivo del despido no se halla relacionado con el embarazo (Toyama, 2016, 52).

Por su parte, la trabajadora deberá acreditar que efectuó una debida y oportuna comunicación al empleador, respecto de su embarazo; esto, de forma documental y de manera previa al despido, tal como se prevé a continuación:

| | |
|-------------------------------------|--|
| Artículo 29, literal e) de la LPCL: | (…) <u>“Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido”</u> (subrayado añadido). |
|-------------------------------------|--|

A partir del enunciado anterior, se puede anotar que, el despido nulo de una trabajadora gestante será efectiva toda vez que haya cumplido con expedir una comunicación o notificación escrita al empleador, respecto de su gestación.

No obstante, sobre este requisito de la comunicación necesaria, cabe traer a colación la jurisprudencia del máximo intérprete del texto constitucional, el cual se ha pronunciado en el sentido de que no constituye un requerimiento imprescindible la comunicación de la empleada - de manera previa y documental- sobre su estado gestacional. Esto, en casos como lo resuelto en aquella ocasión, en el cual el estado de gravidez se evidenciaba a través de una simple apreciación; siendo solo suficiente, en supuestos como este, la acreditación de su condición de gestante (Tribunal Constitucional, 2022: fundamento 11)⁹.

Entonces, aun cuando la trabajadora gestante no haya remitido una notificación sobre su situación particular al empleador, el despido igualmente deberá ser calificado como nulo, si con la simple observación externa bastara para reconocer el estado de gestación de la trabajadora; toda vez que, la

⁸ Pues, a partir de lo que se prevé en el 29 e) de la LPCL, la presunción consagrada puede ser derribada por empleador, toda vez que este acredite la existencia de una causa justa; ya que, la protección brindada a la trabajadora en estado de gravidez no es absoluta. Por tanto, la trabajadora gestante podrá ser sancionada por su empleador, en caso de haber incurrido en una falta grave disciplinaria; puesto que, la aplicación del literal en cuestión no enerva o quebranta la potestad empleadora de despedir por causa justa.

⁹ Exp. 02748-2021-PA/TC Madre de Dios.

comunicación¹⁰ tiene como único fin la toma de conocimiento de la gravidez, no siendo exigible cuando este sea evidente.

3.3. La prueba indiciaria

En la misma línea que lo descrito en el apartado anterior, también se configurará un despido nulo, pese a no haber existido tal comunicación, cuando existan indicios que permitan evidenciar al juzgador, que la actora se encontraba gestando y que, en efecto, el empleador tenía conocimiento respecto del estado de embarazo, constituyendo este el móvil real del despido.

En efecto, la prueba indiciaria se presenta como una herramienta para la estimación del despido nulo, ante la dificultad de la consecución de los medios de prueba. Así, los indicios se fundan como una figura de vital relevancia en los procedimientos judiciales que tienen por materia la nulidad despido; ello, debido a la naturaleza complementaria que ostentan respecto de las peculiaridades circunstanciales existentes en la controversia (Toyama, 2016, 236).

De esta manera, los indicios se forjan como un elemento esencial en supuestos en los que los medios probatorios remitidos por las partes no resultan ser suficientes para esclarecer el caso. Esto implica que, en aquellas situaciones en las cuales los indicios proporcionen al juzgador una convicción acerca de la vulneración de un derecho, como causal de nulidad, aquel deberá considerarlo como cierto (Neyra, 2016, 236).

En efecto, la NLPT, en el artículo 23.5, prevé que, en los supuestos en los que se presencie la existencia de indicios en el marco de un proceso, el juzgador los tendrá considerar a estos como ciertos; siempre que no se suscite la excepción citada en la normativa en cuestión.

En ese sentido, se configurará un despido nulo, incluso en el caso de que la trabajadora no haya realizado la notificación sobre su embarazo; no obstante, existan indicios que permitan presumir que el empleador habría tomado conocimiento de la condición gestacional, siendo este el verdadero móvil de

¹⁰ La comunicación no solamente escrita; sino, esta también verbal.

despido. Denotando, por tanto, una vulneración al derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, basada en el sexo de la persona.

A modo de ejemplo, algunos indicios que podrían evidenciar la toma de conocimiento de la patronal respecto del estado gestacional de la trabajadora, lo constituiría el hecho de existir requerimientos de permisos al empleador para llevar los controles de la gestación; los cuales podrán ser acreditados, por la actora, mediante la presentación de citas médicas del departamento de obstetricia (Corte Suprema, 2016, fundamento 14)¹¹.

Entonces, se puede advertir que, los indicios desempeñan un papel significativo en los procedimientos judiciales y en la tutela de los derechos fundamentales, en tanto, evidencia la realidad y los alcances del despido, asimismo, coadyuva a completar la labor deductiva del juzgador; constituyendo un esquema idóneo para abordar la complejidad de la prueba, respecto de conductas lesivas de las garantías constitucionales (Arce, 1999, 269).

IV. SECCIÓN 3: EL DESPIDO NULO POR EMBARAZO APLICADO AL CASO DE LA TRABAJADORA QUE HA SUFRIDO LA INTERRUPCIÓN INVOLUNTARIA DE SU PROCESO GESTACIONAL

Habiéndose anotado lo anterior, en la presente sección será analizada la posibilidad de aplicar la nulidad de despido por embarazo, regulado en el artículo 29 e) de la LPCL, al particular supuesto de la trabajadora que ha sufrido la interrupción natural de su embarazo; toda vez que, como se evidenció en el acápite anterior, dicha pérdida involuntaria no constituye un móvil o motivo regulado expresamente en el mencionado literal e), tal como se evidencia a continuación:

¹¹ Cas. N° 15690-2015-Lima Norte.

| | |
|--|--|
| <p>Artículo 29, literal e) de la LPCL:</p> <p>Es nulo el despido que tenga por motivo:</p> | <p>El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir.</p> <p>La disposición establecida en este inciso es aplicable también a la trabajadora durante el periodo de prueba regulado en el artículo 10, así como a la que presta servicios bajo el régimen de tiempo parcial de cuatro o menos horas diarias, dispuesto en el artículo 4.</p> <p>Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa.</p> |
|--|--|

En efecto, de una lectura meramente literaria del enunciado normativo citado, se puede advertir que, el supuesto de hecho planteado - la interrupción gestacional involuntaria o natural - no forma parte de uno de los motivos prohibidos que, ante su concreción, supondría la configuración de un despido nulo. Pues, únicamente la norma consagra 3 motivos o elementos sustantivos a saber: el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias, y la lactancia.

En tal sentido, actualmente, la protección del empleo dirigida a la trabajadora en estado de gravidez - mediante la calificación del despido como nulo - se extiende a toda la etapa gestación y abarca, también, los demás sucesos biológicos que de ser solo un embarazo exitoso este traerá consigo: el nacimiento y la lactancia.

Respecto a esta extensión de la protección, es menester aludir que, el texto primigenio de la LPCL no lo regulaba de tal manera. Pues, inicialmente (en 1997), esta protección se limitaba a calificar como nulo aquel despido suscitado durante los 90 días precedentes y los 90 días subsiguientes al parto; como, se advierte en la siguiente línea cronológica que comprende, además, las distintas modificatorias realizadas al artículo 29 e) de la LPCL hasta la fecha:

| Norma | Artículo 29. Es nulo el despido que tenga por motivo: |
|---|---|
| | e) |
| D.S. N° 003-97-TR (21/03/97) TUO D. Leg. N° 728. LPCL | El embarazo si el despido se produce dentro de los 90 días anteriores o posteriores al parto. |
| Artículo 1. Ley N° 27185. (19/10/1999) | El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período 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. Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa. |
| Artículo 1. Ley N° 30367 (25/11/2015) | El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir. Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa. |
| Artículo Único. Ley 31152. (01/04/2021) | El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir. La disposición establecida en este inciso es aplicable también a la trabajadora durante el periodo de prueba regulado en el artículo 10, así como a la que presta servicios bajo el régimen de tiempo parcial de cuatro o menos horas diarias, dispuesto en el artículo 4. Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa. |

Esta redacción originaria del legislador, de por sí muy restrictiva respecto al espacio temporal que comprendía la especial protección de la trabajadora gestante, fue objeto de crítica, por la doctrina jurídica, en su momento. Así pues, Víctor Ferro aludía que, resultaba incomprensible otorgar un periodo de protección tan limitado (90 días precedentes o subsiguientes al alumbramiento) toda vez que, realmente, el móvil ilegítimo del patrono puede surgir, como sucede mayoritariamente, desde mucho antes, en cuanto la empresa toma conocimiento respecto del hecho biológico; esto es, durante el periodo inicial de

la gestación, razón por la cual, la protección pretendida quedaría obsoleta o sin efecto alguno (1996, 55).

Por ello, siguiendo esta misma línea argumentativa, Elmer Arce traza un planteamiento analítico consistente en que, si la *ratio* de la norma jurídica radica en brindar una protección a la gestante, no puede ceñirse el amparo a un periodo limitativo, sin que exista el peligro latente de que esta resulte consecuentemente diluida. De allí que, el juez despojado de todo análisis específico referido al *tempus*, deberá valorar el motivo viciado del empleador, teniendo en consideración el contexto situacional en el cual se efectuó la terminación de la relación laboral (Arce, 1999, 184).

En tal sentido, se puede advertir que desde la redacción primigenia hasta la formulación actual del 29 e) de la LPCL, se ha venido reforzado o intensificado, de manera expresa, el resguardo especial hacia la trabajadora en etapa de gestación. Pues, al ostentar un rango constitucional, esta protección deberá ser observada siempre con una inclinación en gradual incremento y no detrimento, a fin de mejorar y no empeorar, la situación de vulnerabilidad ante la cual se encuentra expuesta, particular e históricamente, una trabajadora en estado de gravidez (Landa, 2014, 225).

Siendo así, resulta necesario realizar una interpretación extensiva de la norma jurídica que vaya más allá de la mera literalidad, de manera que, pueda comprender aquel supuesto de hecho en el cual la trabajadora gestante sufre consiguientemente, la interrupción involuntaria de su proceso gestacional. Pues, una interpretación contraria, en la cual se deje en total desprotección a aquella trabajadora por no culminar dicho proceso biológico en un parto satisfactorio, no sería absolutamente concordante con la especial protección que se le busca otorgar, en razón de su especial condición.

4.1. La interpretación extensiva de la norma jurídica peruana que regula el despido nulo por embarazo

Habida cuenta de lo anterior, queda claro que la mera interpretación declarativa de la norma jurídica que regula el despido nulo por embarazo, no resulta ser suficiente para resolver el caso específico planteado, esto es, el despido de la trabajadora que ha sufrido la pérdida o interrupción involuntaria de su proceso

gestacional. Por tanto, es ineludible la aplicación de una interpretación correctora, como lo es la interpretación extensiva:

| | |
|---|--|
| La interpretación extensiva según la doctrina jurídica: | <i>“Es extensiva cuando la conclusión interpretativa final es aquella en la que la norma interpretada se aplica a más casos que los que su tenor literal estricto parecería sugerir”. (...) Caso típico en el que se reclama la interpretación extensiva es en la protección de los derechos constitucionales de la persona (...)” (Rubio, 2020, 265).</i> |
|---|--|

En efecto, se trata de buscar resguardar los derechos constitucionales propios de la trabajadora e impedir actuaciones arbitrarias por parte del empleador, quien, valiéndose de la literalidad de la norma, podría llegar a despedirla - de una manera aparentemente válida - por no haber concluido exitosamente el proceso biológico que conlleva consigo el embarazo. Tal como, se evidenció en el caso *sui generis* analizado en la Casación Laboral N° 15216-2018-Lima.

En el particular caso en cuestión, la empresa empleadora tenía conocimiento del embarazo, como de la posterior interrupción involuntaria del proceso gestacional de la trabajadora, en tanto, ambos hechos le fueron comunicados, en su momento, por ella misma. No obstante, el empleador procedió a despedirla injustamente, alegando - en la contestación de la demanda - que no resulta válida la calificación del despido como nulo; dado que, la trabajadora no había sido despedida dentro de la línea temporal que comprende tal protección, es decir, durante el estado de gravidez; ni, durante los 90 días subsiguientes al parto, pues nunca se concretó, en la realidad, dicho parto o nacimiento.

Esta lógica del empleador, vulneradora de derechos constitucionales y/o fundamentales, incluso fue avalada por los juzgadores, en primera instancia; en tanto, de una interpretación meramente literaria, la sala concluyó que, no resultaba aplicable el 29 e) de la LPCL al caso concreto. Puesto que, la terminación no tuvo lugar durante la etapa gestacional, ni en los consiguientes 90 días posteriores al parto, en tanto, lo que aconteció fue la frustración involuntaria de la gestación de la trabajadora.

Habida cuenta de lo anterior, resulta conveniente resaltar que, las leyes y demás normativas que engloban el sistema jurídico peruano deben ser interpretadas siempre de conformidad a la Carta Magna del Perú; en tal sentido, el quehacer interpretativo de los juzgadores deberá ceñirse al sentido o significado que más se ajuste (proyección positiva); y, menos se oponga (proyección negativa) a los principios y reglas que rigen o guían el marco constitucional (De Castro, 2004, 325).

Asimismo, resulta necesario anotar que, las normativas jurídicas que consagran en su haber garantías de los derechos laborales deberán ser sujetas a una interpretación consistente no solamente en guardar una concordancia con los principios y reglas constitucionales; así como, los pronunciamientos del órgano constitucional y de la Corte Suprema. Sino también, en armonía con lo previsto en los tratados internacionales, concernientes a la materia de derechos humanos y ratificados por el estado peruano¹², además de, la gama jurisprudencial de los tribunales supranacionales sobre la materia. Tal como, se puede advertir a continuación, a partir de lo previsto en la Carta Política del Perú y la NLPT:

¹² En efecto, se prevé el artículo 55 de la Carta Magna que, los tratados ratificados por la nación forman parte de su ordenamiento jurídico.

| | |
|---|--|
| <p>Constitución Política del Perú</p> | <p>“Disposiciones Finales y Transitorias:</p> <p>Cuarta. - Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú” (Congreso de la República, 1993).</p> |
| <p>Nueva Ley Procesal del Trabajo</p> <p>Ley Nº 29497</p> | <p>“Título Preliminar:</p> <p>Artículo IV.- Interpretación y aplicación de las normas en la resolución de los conflictos de la justicia laboral</p> <p>Los jueces laborales, bajo responsabilidad, imparten justicia con arreglo a la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley. Interpretan y aplican toda norma jurídica, incluyendo los convenios colectivos, según los principios y preceptos constitucionales, así como los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República.</p> <p>Disposiciones Complementarias</p> <p>Décima. - Conforme a lo establecido en la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política del Perú, los derechos laborales, individuales o colectivos se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por el Perú, sin perjuicio de consultar los pronunciamientos de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y los criterios o decisiones adoptados por los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte” (Congreso de la República, 2010).</p> |

En ese contexto, los juzgadores laborales ante la obligatoriedad de ejecutar una interpretación de la normativa jurídica, en consonancia con los dispositivos citados *supra*, habrán de realizar una elección y utilización correcta de los métodos interpretativos que mejor se ajusten al supuesto particular. Por ende, respecto al caso de análisis, los operadores judiciales podrán aplicar, para una interpretación correctora o extensiva del 29 e) de la LPCL, el método de la *ratio legis* y el método sistemático. Evitando pues, limitar la actividad interpretativa a la aplicación del método literal; dado que, para el caso particular del despido de una trabajadora que ha sufrido la pérdida involuntaria de su embarazo, ello resulta claramente insuficiente.

4.1.1. El método interpretativo lógico o de la *ratio legis*

El presente método, también denominado por la doctrina jurídica como el método lógico viene a ser el “qué quiere decir” de la norma, es decir, se concibe como la razón de ser de la misma, el fundamento que trasluce su existencia. Asimismo, se advierte que, la *ratio legis* de la norma pertenece a ella misma, en ese sentido, la razón deberá buscarse desde una perspectiva transliteral del mismo enunciado normativo, pues, la *ratio legis* no debe ser confundida con aquello que pretendió el legislador al momento de la elaboración de la norma, en tanto, ello forma parte del método histórico¹³ (Rubio y Arce, 2017, 114).

Habida cuenta de lo anterior y mediante la utilización del método interpretativo lógico, resulta válido señalar que el propósito de la normativa en cuestión; es decir, la razón que trasluce la existencia de la norma que regula el despido nulo por embarazo, es aquella consistente en proteger a la libre decisión de la mujer de gestar. Decisión que, junto a otras manifestaciones relacionadas con la libertad o la autonomía reproductiva, se encuentra resguardada constitucionalmente por la libertad que tiene todo ser de desarrollar autónomamente su personalidad - artículo 2.1 de la Carta Magna del Perú - (Tribunal Constitucional, 2020, fundamento 6)¹⁴.

En ese sentido, la trabajadora, al momento de haber optado por la opción referida al hecho biológico de gestar, esto, sobre la base de sus propias decisiones personales y no en razón de lo que la empresa empleadora pueda esperar o no esperar en la relación jurídica de trabajo (Aguinaga, 2023) - pues, ninguna persona debe hallarse sujeta a injerencias en su esfera privada por parte del Estado o por particulares (la empresa) -; aquella trabajadora gestante contará efectivamente con la posibilidad, potencialidad, o probabilidad biológica de concebir o traer al mundo un ser humano (Landa, 2014, 225).

En efecto, esta potencialidad podrá culminar en un parto exitoso si es que el embarazo llega a su fin de manera satisfactoria con el nacimiento del niño o niña; no obstante, también existe la posibilidad de que la gestación de la trabajadora se vea interrumpida de manera involuntaria, debido a factores biológicos o

¹³ El método histórico toma en consideración la pretensión que tuvo el legislador al momento de elaborar la norma. Lo cual es distinto al método lógico.

¹⁴ Expediente N° 04154-2016-PA/TC - Puno.

exógenos. Lo cual, en absoluto debe conllevar a la supresión de la protección ya otorgada a la gestante; esto, por no haber concluido el proceso biológico en un parto satisfactorio, más aún, si se trata de una interrupción gestacional involuntaria, sufrida por la trabajadora; la cual, al ser involuntaria, supone que esta no ha sido causada ni ha existido una intervención por parte de ella misma que comporte tal interrupción.

Así pues, se advierte la relevancia de aplicar el método lógico a la norma que regula el despido nulo por embarazo; pues, nos permite evidenciar que la razón de ser de esta norma se concibe *ex ante*, a fin de que la trabajadora pueda elegir de manera libre la decisión de gestar, es decir, sin que exista en ella, el temor de perder el empleo o de ser despedida por su empleador al momento de tomar la opción de gestar.

Esta opción, claro está, no siempre se manifestará como lo prevé de manera neutral y expresamente la norma; es decir, en un embarazo perfecto en el cual existe un parto o nacimiento y la consecuente lactancia. Sino que, la realidad nos muestra también, casos en los cuales existe la interrupción involuntaria del proceso biológico gestacional, como el caso mencionado *supra*; y que, en efecto, requieren de una actividad interpretativa, por parte de los juzgadores, que vaya más allá de la mera literalidad, tal como, se ha pretendido realizar en el presente apartado mediante la aplicación de este método interpretativo al 29 e) de la LPCL.

4.1.2. El método de interpretación sistemática

El método de la interpretación sistemática prevé como premisa fundamental que, el derecho constituye un sistema normativo, el cual se encuentra compuesto por diversas fuentes, las cuales tienen una naturaleza jerárquica de distintos niveles, que buscan conectarse o complementarse entre ellas y que cuentan con una vocación de orden (De la Cruz, 2022, 2). En tal sentido, será necesario aplicar las disposiciones citadas *supra*¹⁵; principalmente, los preceptos constitucionales, tratados internacionales sobre derechos humanos; y los pronunciamientos de los tribunales nacionales y supranacionales sobre la materia.

¹⁵ Véase las normas citadas en los cuadros de la sección 1.

En ese sentido, en primer término, mediante la utilización del método sistemático y a fin de complementar lo señalado en el acápite anterior, respecto al resguardo de la libre decisión de la mujer de gestar, como razón de ser de la norma; cabe traer a colación, el pronunciamiento de la CIDH en el Caso Artavia Murillo ¹⁶. En tanto, en aquella ocasión, el tribunal internacional estableció que, la acción decisiva de tener descendencia forma parte del plano más íntimo de la vida privada y familiar de la persona (CIDH, 2012, fundamento 137).

Asimismo, la CIDH señaló que el derecho a la vida privada se encuentra conectada estrechamente con la autonomía reproductiva, consagrada en el numeral 16.1 de la CEDAW, instrumento en el cual se prevé esta libertad de decisión que tiene la mujer de optar por tener una ascendencia; siendo que, el hecho biológico de gestar supone ejercer un libre desarrollo de la personalidad (2012, fundamento 143). Por tanto, esta decisión deberá ser tomada sin temores y en base a las propias decisiones de la trabajadora; más no, en razón de lo que la empresa empleadora pueda esperar o no durante el vínculo laboral de aquella; en tanto, queda claro que, nadie debe hallarse sujeto a injerencias en su ámbito privado.

En segundo término, en aplicación del método sistemático, se puede advertir que tanto, la normativa internacional, como el texto constitucional¹⁷ consagran de manera expresa el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo. Así pues, el máximo interprete de la Constitución ha señalado que las decisiones extintivas de la relación laboral, fundadas en la gravidez de la mujer, forman indiscutiblemente una discriminación directa; toda vez que, versa sobre un hecho biológico que incide manera exclusiva sobre el sexo femenino (TC, 2008, fundamento 10)¹⁸.

Por tanto, siguiendo la línea de análisis, al ser la interrupción natural del embarazo, un hecho biológico que, de igual manera, afecta o puede afectar de manera singular a las mujeres; constituiría igualmente, de manera indudable, una discriminación por razón de sexo cuya proscripción se encuentra prevista en los tratados internacionales y el numeral 2.2 del texto constitucional.

¹⁶ Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

¹⁷ Carta Política del Perú (art. 2.2).

¹⁸ Expediente N° 56652-2007-AA/TC.

En tercer término, a través de la utilización del método sistemático, se puede evidenciar que, a escala nacional y supranacional, se prevé como un motivo prohibido de despido a, el embarazo, el cual constituye un elemento que no se encuentra sujeto a ninguna condicionante concerniente al alumbramiento del infante.

En ese sentido, mal harían los jueces al instaurar una limitante que tenga por origen un motivo prohibido (embarazo), supeditándolo a la ocurrencia del parto. Pues ello, sin duda, implicaría que la protección otorgada a la trabajadora gestante (en su momento) sea obsoleta. Además, supondría permitir a los empleadores actuaciones arbitrarias en contra de una trabajadora que ha sufrido la reciente pérdida involuntaria de su gestación; lo cual, de ninguna manera podría ser congruente con las reglas y principios constitucionales que enmarcan la protección especial, en virtud de la condición biológica singular de la maternidad¹⁹.

A partir del análisis desarrollado, mediante la utilización de los dos métodos interpretativos analizados; se puede interpretar válidamente la norma concerniente al artículo 29 e) de la LPCL (despido nulo por embarazo, en específico) de forma tal que, la protección se extienda a la trabajadora que ha sufrido la interrupción involuntaria de su proceso gestacional; tutela que puede ser exigida inclusive con mayor intensidad, en tanto, la frustración generada en la madre a causa de la pérdida, trae consigo un debilitamiento en el estado físico y psíquico de aquella, que ante un despido podrían exacerbarse.

Así pues, habida cuenta de todo lo anterior, se puede concluir acertadamente que, existirá un despido nulo, en el particular supuesto de la trabajadora que ha sufrido la interrupción involuntaria de su embarazo, toda vez que se presenten los siguientes elementos sustantivos y procesales, planteados a partir del mismo enunciado normativo de la LPCL y lo analizado hasta ahora en los acápites anteriores:

- a) El despido es nulo si tiene por motivación la especial condición biológica de la trabajadora, esto es, el embarazo y/o la consecuente interrupción involuntaria de su gestación; toda vez que, las determinaciones extintivas

¹⁹ A esta conclusión se arribó de igual manera en un trabajo anterior de la autora.

fundamentadas en ambos supuestos dan cuenta de una discriminación en razón del sexo femenino, en tanto, guardan relación con un hecho biológico que, en puridad, concierne singularmente a las mujeres.

- b) Existe la presunción de que la terminación unilateral tuvo como motivación la gravidez y/o la consecuente interrupción involuntaria del proceso gestacional de la trabajadora, si es que existe una proximidad temporal entre este último hecho (o ambos) y el despido²⁰.
- c) Lo señalado en el tenor anterior, se presumirá siempre que el empleador no demuestre que haya existido una causa justa de despido y, en adición, que esta causa no guarde relación con el embarazo y/o la pérdida involuntaria de la gestación de la trabajadora.
- d) Todo lo anterior, será aplicable siempre que la trabajadora comunique a su empleador, respecto de su gravidez y/o interrupción involuntaria de su gestación, de manera previa al despido. Asimismo, de no existir comunicación, también será aplicable lo señalado *supra*, siempre y cuando, el estado de gestación (antes de la interrupción) haya sido evidente; o toda vez que, existan indicios que permitan presumir que el empleador tenía conocimiento pleno del estado gestacional y/o la interrupción natural del embarazo de la trabajadora; esto, de manera previa al despido.

4.2. La protección adicional en el caso del despido nulo por embarazo después de la pérdida natural de la gestación

Teniendo en cuenta que, el despido perpetrado contra la trabajadora que ha sufrido la pérdida involuntaria de su embarazo, también puede ser calificado como un despido nulo; resulta relevante señalar, en el presente acápite, los remedios que ofrece el ordenamiento jurídico peruano ante aquellos casos en los que se ha dado la configuración de la nulidad.

²⁰ De manera análoga, esta proximidad podría entenderse dentro de los 90 días posteriores a la pérdida involuntaria de la gestación.

En tal sentido, cabe recapitular que, el derecho al trabajo se erige como un derecho con estatus constitucional (artículo 22 de la Carta Magna) y que, al respecto, el órgano intérprete de la Carta Política se ha pronunciado estableciendo que, el contenido esencial de este comprende dos componentes a saber: i) el derecho a acceder a un puesto laboral en condiciones de igualdad; y, ii) el derecho a no ser destituido, salvo exista una causa justa de separación (Tribunal Constitucional, 2002, fundamento 12)²¹.

En efecto, este último aspecto del derecho al trabajo, es el que cobra relevancia en el caso de un despido nulo. Siendo así, el artículo 27 del texto constitucional, faculta a la ley, la responsabilidad de regular un acertado resguardo al trabajador ante el hecho de ser despedido injustificadamente por el empleador. En tal sentido, la ley en mención se encuentra constituida en nuestro sistema normativo, por la LPCL, la cual prevé lo siguiente:

| | | |
|-----------------------------------|--|--|
| <p>Tutela resarcitoria</p> | <p>Este remedio es de aplicación en aquellas situaciones en las cuales el empleador desvincula unilateralmente al trabajador sin causa o sin poder demostrarse esta en juicio; generándose como obligación, el pago de una indemnización prevista en la ley.</p> | <p>"Artículo 34: (...) <u>Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización</u> establecida en el Artículo 38, <u>como única reparación por el daño sufrido.</u> Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente".</p> |
| <p>Tutela restitutoria</p> | <p>Este remedio es aplicable a aquellos casos en los cuales el empleador cesa al trabajador, incurriendo en las causales de nulidad previstas en el artículo 29 de la LPCL; generándose como obligación, la reposición al empleo.</p> | <p>"Artículo 34: <u>En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo,</u> salvo que, en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38".</p> |

Siendo así, a partir del artículo citado y lo señalado por la doctrina jurídica (Blancas, 2006, 279), se puede advertir que, el ordenamiento jurídico peruano prevé una dualidad de remedios, es decir, una tutela resarcitoria (indemnización) y una tutela restitutoria (reposición), según sea el caso en cuestión. En lo que nos concierne, esto es, el despido nulo; cabe aludir que, el artículo 40 de la LPCL, especifica de manera particular los efectos que trae consigo la demanda laboral

²¹ Exp. 1124-2001-AA/TC.

sobre nulidad de despido, en caso esta sea declarada fundada por el órgano judicial; teniéndose entonces lo siguiente:

- El empleador deberá readmitir a la trabajadora al empleo (reposición laboral), en el mismo cargo laboral, o bien, de semejante o de equivalente nivel.
- El empleador deberá pagar las remuneraciones devengadas; esto es, las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha de terminación de la relación jurídica laboral; hasta, su real incorporación al empleo.
- El empleador deberá efectuar los depósitos correspondientes a la CTS, junto al pago de intereses respectivos.

A partir de lo anterior, surge la interrogante - a ser respuesta en el último acápite - en torno a la validez o factibilidad de otorgar una protección adicional al caso de la trabajadora que ha sufrido la pérdida involuntaria de su embarazo. Es decir, si, en adición a la reposición, el pago de remuneraciones devengadas y los depósitos correspondientes, resulta factible que aquella trabajadora - que no ha arribado a un parto exitoso - solicite una indemnización por daños y perjuicios; en tanto, se trata de un supuesto particular que parece denotar una mayor gravedad, en comparación de un despido nulo por embarazo con parto satisfactorio.

4.2.1. La mayor gravedad del despido nulo por embarazo no exitoso, en comparación del despido nulo por embarazo con parto satisfactorio

Previamente al desarrollo del presente apartado, cabe resaltar que, el propósito de esta comparación no tiene como objetivo restar relevancia o gravedad al caso del despido nulo por embarazo, en el cual la trabajadora arriba a un parto exitoso; en tanto, es evidente que este, resulta igualmente reprochable que el caso del despido nulo, en el cual la trabajadora sufre la interrupción involuntaria de su gestación. No obstante, es cierto también que este último supuesto, a diferencia del primero, ha sido muchas invisibilizado por la propia normativa laboral que lo regula o debiera regular, la jurisprudencia laboral y la doctrina jurídica.

Puesto que, como bien señala Rita Zafra, el derecho se basa en una mirada androcéntrica, esto es, una mirada tradicionalmente masculinizada, la cual se

presenta de manera “neutral”, aunque no lo sea en la realidad; dado que, la perspectiva que refleja en verdad es la del sexo masculino. Conllevando, por tanto, a que - muchas veces - las realidades, perspectivas y opiniones de las mujeres queden invisibilizadas; frente a las decisiones, intereses y opiniones de los hombres (Zafra, 2019, 395).

En ese sentido, será necesario formular e interpretar las normas desde una perspectiva de género (y no desde una mirada androcéntrica) que permita visibilizar, en este caso, la realidad de las mujeres en torno al hecho biológico que supone la maternidad; pues, el analizar el derecho con un enfoque de género nos permitirá observar distintos aspectos y cuestiones que comúnmente no son percibidos, en tanto, como señala acertadamente Landa, los derechos constitucionales y/o fundamentales cobran un significado diferencial si son analizados desde la óptica de la mujer (Landa, 2014, 226).

En efecto, la realidad es que, no siempre existe un embarazo perfecto, seguido del parto o nacimiento, y la lactancia; sino que, muchas veces este hecho biológico de la maternidad que inicia con la gestación, culmina lamentablemente en un pérdida o interrupción natural del embarazo. Así pues, los estudios médicos revelan que alrededor del 10 al 20 % de los embarazos terminan siendo interrumpidos de manera natural o espontánea; asimismo, señalan que además de las afectaciones físicas causadas por la pérdida del embarazo - sobre todo en aquellos casos que se requiere el sometimiento de un legrado uterino -, existe un menoscabo evidente a la salud psíquica o mental de la mujer.

Esto último, ciertamente, es aquello que toma un mayor tiempo de recuperación; pues, los estudios revelan que, tras una pérdida involuntaria del embarazo, entre el 30% y 50% de las afectadas presentan cuadros de ansiedad; y, entre el 10% y 15% presentan cuadros graves de depresión que, naturalmente pueden extenderse hasta los cinco meses. Así también, las mujeres que han sufrido la interrupción natural de su embarazo pueden presentar síntomas de TEPT²², los cuales pueden manifestarse en pesadillas, insomnios, recuerdos retrospectivos y sensaciones recurrentes relacionadas a la pérdida. Pérdida que puede compararse, en cuanto a la naturaleza, grado y tiempo de duración, a las

²² Trastorno de Estrés Postraumático.

reacciones de duelo que experimentan las personas que sufren otro tipo de pérdidas significativas (FIGO, 2018,2).

Habida cuenta de lo anterior, se puede advertir a *prima facie*, que sí resultaría factible la solicitud de la indemnización por daños y perjuicios, a favor de la trabajadora en el caso de análisis; en específico, como se verá a continuación, por el daño moral de la persona, teniendo como fundamento principal la discriminación sufrida a causa de su embarazo y consecuente pérdida involuntaria de su proceso de gestación.

4.2.2. La indemnización por daños y perjuicios

La responsabilidad civil puede ser concebida como aquella acción consistente en indemnizar, reparar o resarcir los daños que han sido ocasionados o perpetrados contra un particular. En virtud del Código Civil se tiene la existencia de un régimen dual de responsabilidad, advirtiéndose una diferenciación entre ambas, basada en la naturaleza del vínculo obligacional. Así pues, cuando el daño ocasionado fuese resultante del incumplimiento de obligaciones voluntarias, se estará frente a la figura de la responsabilidad contractual; mientras que, cuando el daño se configura sin mediar relación jurídica alguna, se estará ante la figura extracontractual (Taboada, 2013, 33).

Ahora, si bien se puede advertir que el código aludido ha regulado separadamente los dos aspectos de la responsabilidad civil mencionados; existe un consenso por parte de la doctrina jurídica nacional respecto a que, la responsabilidad civil debe ser comprendida unificadamente. En tal sentido, el agente perjudicado o dañado podrá encontrarse facultado de usar las reglas consagradas en cualesquiera de los regímenes de responsabilidad previstos en el ordenamiento; así pues, en lo que concierne al ámbito laboral, el trabajador podrá usar dichas herramientas para solicitar la reparación del daño causado (Jiménez, 2021, 180).

Habiendo precisado lo anterior, cabe señalar los elementos característicos de la responsabilidad, los cuales deberán concurrir de manera conjunta para su respectiva configuración. Así pues, la jurisprudencia nacional, en primer lugar, ha definido al daño como aquella afectación sufrida por un particular respecto a su interés jurídico tutelado; además, que tiene repercusión en las consecuencias

derivadas de la vulneración de dicho interés, el cual puede consistir en uno de índole patrimonial (daño emergente y lucro cesante), y/o extrapatrimonial (daño moral) (Corte Suprema, 2020, fundamento 5)²³.

En segundo lugar, la antijuricidad, la cual es definida como aquel hecho que se contrapone, ya sea a las leyes, al orden público y/o a las buenas costumbres. En tercer lugar, la relación causal, concebida como aquel nexo existente entre el hecho generador del daño y el daño ocasionado; siendo este elemento de vital relevancia, pues a partir del mismo se determinará la responsabilidad. En cuarto y último lugar, se tiene al factor atributivo de responsabilidad, de aquel que será responsable en responder por la no ejecución de la obligación u obligaciones, sea esto, por culpa inexcusable, culpa leve o dolo (Corte Suprema, 2020, fundamento 5).

En tal sentido, en el caso particular, el empleador que toma la decisión de desvincular a la trabajadora, pese a conocer fehacientemente la situación de la actora, es decir, el estado de gestación y posterior pérdida involuntaria, actúa dolosamente al ejecutar el despido, pues realiza este acto lesivo en detrimento de sus derechos constitucionales. Siendo así, para determinar la existencia de la responsabilidad será imprescindible analizar la presencia de cada uno los elementos que la integran y respecto de los cuales se ha brindado una definición previa:

1. **Configuración del daño.** - En el cual deberá, a su vez, verificarse la existencia de dos elementos:
 - a) Certeza del daño: Se encuentra acreditada la existencia del daño con el hecho de que la empresa empleadora haya despedido a la trabajadora pese a tener conocimiento de su especial condición biológica y posterior frustración; en efecto, como se ha establecido, de manera previa, existe en este caso la configuración de un despido nulo. Adicionalmente, resulta necesario anotar que, el caso en cuestión reviste especial atención; pues, al haber sido despedida en el contexto de la pérdida involuntaria de su gestación, el daño perpetrado

²³ Casación Laboral N.º 23054-2018-Lima.

por la empresa resulta mayor al haberse producido en el momento más vulnerable y crítico de la trabajadora.

- b) Subsistencia del daño: Este elemento se constata con el hecho de que el daño sufrido, a consecuencia del acto lesivo perpetrado por la empresa, no cuenta con algún resarcimiento al momento de la interposición de la demanda respectiva.
2. **Antijuricidad.** – Este elemento se evidencia en la calificación del despido como nulo, lo cual supone la vulneración de los derechos constitucionales de la trabajadora, en contravención a lo previsto en los artículos 2.2 y 23 de la Carta Política del Perú. A la par, de lo establecido en lo dispuesto en la LPCL (artículo 29 e.), asimismo, en caso de que la trabajadora haya sido despedida por haber cometido una supuesta falta grave, sin que el empleador actuara medio probatorio alguno que lo acreditara - como suele suceder en la realidad - se infringirá, también, el artículo 22 de la LPCL.
3. **Relación de causalidad.** – En el caso de análisis resulta incuestionable la existencia de un nexo causal entre el daño causado en la recurrente, y la conducta antijurídica (despido por razones discriminatorias) realizada por la empresa. En tanto, la desvinculación unilateral de la trabajadora trae consigo, la pérdida de su trabajo, como única fuente de sustento; una afectación a su patrimonio, por cuanto, deja de percibir su respectiva remuneración; y, finalmente, un estado de aflicción y perturbación en su bienestar espiritual al encontrarse, de forma intempestiva, fuera de la empresa para la que laboraba y sin la única fuente de sustento que garantizaba su subsistencia; todo esto, en el contexto de una situación de especial vulnerabilidad personal, ante la pérdida involuntaria de su embarazo.
4. **Factor de atribución.** – Finalmente, resulta evidente que la empresa, como empleadora de la demandante y la encargada o facultada de imponer una sanción al término del proceso disciplinario, es aquella que efectúa el despido en contra de la trabajadora, en el caso analizado -

como se aludió *supra* - un despido nulo según lo previsto en el 29 e) de la LPCL; esto, sin que haya mediado de por sí, una causa justa.

Habida cuenta de lo anterior y advertida la concurrencia conjunta de los (4) elementos que denotan la existencia de la responsabilidad, se puede señalar de manera válida que la trabajadora sí cuenta con la facultad y/o el derecho de solicitar una indemnización por daños y perjuicios. En específico, una indemnización por el daño moral producido por un despido discriminatorio, en el cual la afectación a la trabajadora no supone únicamente la vulneración del derecho al trabajo; sino también, a la protección especial que se le debe brindar por su particular condición biológica, la cual, al verse interrumpida involuntariamente, torna aún más grave la situación; y, en efecto, todo ello, supone una abierta vulneración al derecho a la igualdad y no discriminación, en razón del sexo de la persona.

Así pues, el daño moral puede ser conceptualizado como todas aquellas lesiones en la esfera psicosomática del trabajador generadas a consecuencia del acto vejatorio cometido por su empleador; este daño se enmarca dentro de la subjetividad, pues se halla estrechamente relacionada con la parte afectiva, sentimental o anímica de cada persona, generando dolor, pesadumbre, aflicción y, en general, todo tipo de afección que sea invaluable; no obstante, pasible de ser resarcida monetariamente, a fin de remediar el menoscabo que, de otra manera, quedaría sin resarcir (Grisolia, 2022, 28).

En ese sentido, en el caso particular, el despido después de la pérdida involuntaria de la gestación de la trabajadora supone ciertamente un cambio intempestivo en su existencia diaria, que, en efecto, trae consigo sentimientos de angustia, pesadumbre y aflicción muy profundas. Esto, no solo por el hecho de haber quedado sin un puesto de trabajo y sin un ingreso económico; sino y, sobre todo, porque en el contexto de este despido nulo, el escenario que se presenta es muy trágico para la mujer. Pues, ha sufrido recientemente la pérdida del ser que albergaba en su vientre, generando no solo afecciones físicas en el cuerpo mismo, ante la frustración del embarazo de manera natural (que muchas veces requiere de una posterior intervención médica de legrado); sino también, afecciones psíquicas las cuales son las más difíciles de reestablecer o sanar en esta situación.

Estas afecciones existentes por la pérdida de la trabajadora, claramente pueden verse agravadas con el despido perpetrado por el empleador, motivo por el cual podemos concluir que, existe un evidente daño moral que requiere de una indemnización. Indemnización que deberá ser cuantificada por el juez según los criterios jurisprudenciales; es decir, con un espíritu de justicia y equidad, en la medida que no existe en el ordenamiento jurídico del Perú, parámetros establecidos para la determinación del daño moral (Corte Suprema, 2019, fundamento 16)²⁴.



²⁴ Exp. N° 02889-2016-0-1801-JR-LA-18.

V. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

1. La protección especial o reforzada brindada a la trabajadora en estado de gravidez se encuentra reconocida y desarrollada de manera vasta, en distintas normas nacionales e internacionales.
2. En lo que respecta al ordenamiento jurídico peruano, el artículo 29 e) de la LPCL, constituye el enunciado normativo que prevé una particular protección contra el despido motivado por la condición biológica que, singularmente las mujeres en razón del sexo femenino poseen: el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias, o la lactancia.
3. De una lectura meramente literaria del enunciado normativo citado, se puede advertir que, el supuesto de hecho referido a la interrupción involuntaria del embarazo, no forma parte de los motivos prohibidos que, ante su concreción, supondría la configuración de un despido nulo.
4. Los operadores judiciales deberán aplicar, para una interpretación correctora o extensiva del 29 e) de la LPCL, el método lógico y el método sistemático. Evitando pues, limitar la actividad interpretativa a la aplicación del método literal; dado que, para el caso particular, ello resulta claramente insuficiente.
5. Mediante la utilización del método interpretativo lógico, resulta válido señalar que el propósito de la normativa en cuestión; es decir, la razón que trasluce la existencia de la norma que regula el despido nulo por embarazo, es aquella consistente en proteger a la libre decisión de la mujer de gestar.
6. Mediante la utilización del método sistemático, se puede evidenciar que, a escala nacional y supranacional, se prevé como un motivo prohibido de despido al embarazo, el cual constituye un elemento que no se encuentra sujeto a ninguna condicionante concerniente al alumbramiento del infante.

7. Mediante la utilización de los dos métodos interpretativos se puede interpretar válidamente que, la protección del despido nulo se extiende a la trabajadora que ha sufrido la interrupción involuntaria de su proceso gestacional; tutela que puede ser exigida con mayor intensidad, en tanto, la frustración generada en la madre, trae consigo un debilitamiento en el estado físico y psíquico que, ante un despido podrían exacerbarse.
8. El despido después de la pérdida de la gestación supone un cambio intempestivo en su existencia diaria, que, en efecto, trae consigo sentimientos de angustia, pesadumbre y aflicción muy profundas. Esto, no solo por el hecho de haber quedado sin un puesto de trabajo y sin un ingreso económico; sino y, sobre todo, porque en el contexto de este despido nulo, el escenario que se presenta es muy trágico para la mujer.
9. Existe pues, un evidente daño moral que requiere de una indemnización. Indemnización que deberá ser cuantificada por el juez según los criterios jurisprudenciales; es decir, con un espíritu de justicia y equidad, en la medida que no existe en el ordenamiento jurídico del Perú, parámetros establecidos para la determinación del daño moral.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Arce, E. (1999). "La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales". En: Fondo Editorial PUCP. Primera Edición.
- Blancas, C. (2006). "El despido en el Derecho Laboral peruano". Lima: ARA Editores, p. 278.
- Boza, G. (2011). "Lecciones del derecho de trabajo". En Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 144-151.
- De Castro Cid, B. (2004). El debate sobre los métodos de interpretación. En De Castro Cid, B. (Coord.), Manual de teoría del derecho. Editorial Universitas.
- Ferro, V (1996). El despido arbitrario y el despido nulo. Lima: THEMIS, revista de derecho. Segunda Época. N° 34, 1996. p. 54.
- Landa, C. (2014). "El derecho de trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización: análisis especial del caso de la mujer y madre trabajadora". En Themis N° 65.
- Loyola, N. (2018). "El principio de protección especial a la trabajadora en el ordenamiento peruano". Cusco: Yachaq, pp. 44-57.
- Meza, M. (2017). "La protección constitucional de la madre en el ámbito laboral". En: Mujer y Constitución. Revista peruana de Derecho Constitucional. Lima. Centro de estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.
- OIT. (2009). Notas OIT: Trabajo y Familia, N° 4: Protección de la maternidad. Ginebra: OIT, p. 3.
- Plá, A. (1998). Los principios del derecho del trabajo. Buenos Aires: Depalma.

Plá, A. (2009). Citado por Toyama Miyagusuku, Jorge. En: El despido disciplinario en el Perú. Lima: IUS ET VERITAS, 19(38), p. 138.

Rubio, M. y Arce, E. (2017). Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano. Lima: Fondo Editorial PUCP, p. 114.

Sanguinetti, W. (2004). "Mecanismos legales de lucha contra la discriminación en el trabajo: una revisión crítica". En: "Mujer y empleo: una estrategia para la igualdad". Granada: Comares, pp. 33-42.

Tocto, F. (2023). "Informe Jurídico sobre la Casación Laboral N.º 15216-2018". Lima: Escuela de Derecho PUCP.

Toyama, J (2008). "Los contratos de trabajo y otras instituciones del Derecho Laboral". Lima: Gaceta Jurídica, p. 40.

Toyama, J. (2016). Criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema sobre el despido nulo. Revista IUS ET Veritas N° 52, p. 232-257.