



UNIVERSIDAD  
PRIVADA  
DEL NORTE

# FACULTAD DE DERECHO Y --- CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

“LA AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES  
DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA AL EXTINGUIR EL  
EMPLEADOR LA RELACIÓN LABORAL DURANTE EL  
PERÍODO DE PRUEBA”

Tesis para optar el título profesional de:

**Abogado**

**Autor:**

Cruzado Cachi Alberto Renato

**Asesor:**

Dr. Jorge Felipe De la Rosa Gonzáles Otoya

Trujillo – Perú

2015

## APROBACIÓN DE LA TESIS

El asesor y los miembros del jurado evaluador asignados, **APRUEBAN** la tesis desarrollada por el Bachiller **Alberto Renato Cruzado Cachi**, denominada:

“LA AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES  
DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA AL EXTINGUIR EL  
EMPLEADOR LA RELACIÓN LABORAL DURANTE EL  
PERÍODO DE PRUEBA”

---

Dr. Jorge Felipe De la Rosa Gonzáles Otoya  
**ASESOR**

---

Dr. José Antonio Rodríguez Viera  
**JURADO**  
**PRESIDENTE**

---

Dr. Javier Arturo Reyes Guerra  
**JURADO**

---

Dr. Gustavo Vicuña Gonzales  
**JURADO**

## DEDICATORIA

*Dedico este trabajo a mis padres Alberto y Marleny,  
a mi hermana Diana y a mi mamá Orfelinda,  
puesto que son la familia que Dios me regaló, y  
porque sé que en cualquier momento de mi vida,  
son las personas con las cuales siempre contaré  
tanto física como espiritualmente.*

## AGRADECIMIENTO

*Agradezco a Dios por ser la guía en mi camino; a mis padres y hermana por su incondicional e incansable apoyo, comprensión y paciencia; y, a todas las personas que me ayudaron en el desarrollo de mi vida académica, puesto que sin ellos no hubiese sido posible culminar con esta meta de mi etapa universitaria.*

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

<b>APROBACIÓN DE LA TESIS.....</b>	<b>2</b>
<b>DEDICATORIA.....</b>	<b>3</b>
<b>AGRADECIMIENTO .....</b>	<b>4</b>
<b>RESUMEN.....</b>	<b>7</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>8</b>
<b>CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>9</b>
1.1. Realidad problemática .....	9
1.2. Formulación del problema.....	122
1.3. Justificación.....	122
1.4. Limitaciones .....	133
1.5. Objetivos .....	133
1.5.1. <i>Objetivo General</i> .....	133
1.5.2. <i>Objetivos Específicos</i> .....	133
<b>CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO .....</b>	<b>15</b>
2.1. Antecedentes .....	15
2.2. Bases Teóricas .....	17
<b>CAPITULO I: EL PERÍODO DE PRUEBA EN EL CONTRATO DE TRABAJO.....</b>	<b>17</b>
<b>I. Breve Referencia al Contrato de Trabajo.....</b>	<b>17</b>
<b>II. Principios Generales del Derecho del Trabajo.....</b>	<b>20</b>
2.1. Principio Protector.....	21
2.2. Principio de Irrenunciabilidad de Derechos.....	23
2.3. Principio de Primacía de la Realidad.....	24
2.4. Principio de Continuidad.....	25
2.4.1 Estabilidad Laboral en el Perú.....	26
<b>III. Definición de Período de Prueba.....</b>	<b>31</b>
<b>IV. Naturaleza Jurídica.....</b>	<b>33</b>
<b>V. Legislación Comparada.....</b>	<b>34</b>
<b>CAPITULO II: LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL POR VOLUNTAD UNILATERAL DEL EMPLEADOR.....</b>	<b>43</b>
<b>I. Introducción.....</b>	<b>43</b>
<b>II. El Despido Individual por Causa Justa.....</b>	<b>44</b>
2.1. Definición.....	44
2.2. Despido por Causa Justa Vinculada a la Capacidad del Trabajador.....	45
2.3. Despido por Causa Justa Vinculada a la Conducta del Trabajador.....	48
2.4. Procedimiento para el Despido.....	50
<b>III. Despidos Ilegales.....</b>	<b>53</b>
3.1. Despido Arbitrario.....	53
3.2. Despido Incausado.....	55
3.3. Despido Fraudulento.....	57
3.4. Despido Nulo.....	58

<b>CAPITULO III: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....</b>	<b>61</b>
I. Derechos Humanos y Derechos Fundamentales.....	61
II. Definición de Derechos Fundamentales.....	65
III. Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales.....	65
IV. Doble Dimensión o Naturaleza de los Derechos Fundamentales.....	67
V. Los Derechos Fundamentales en las Relaciones Laborales.....	68
5.1. Derechos Fundamentales Específicos Laborales.....	69
5.2. Derechos Fundamentales Inespecíficos Laborales.....	69
<b>CAPITULO IV: EL PERÍODO DE PRUEBA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA.....</b>	<b>70</b>
I. La Maternidad en la Relación de Trabajo.....	70
II. La Relación Laboral de la Trabajadora Embarazada en el Período de Prueba.....	77
2.1. La Estabilidad Laboral durante el Período de Prueba.....	77
2.2. La Protección a la Trabajadora Embarazada en el Período de Prueba.....	79
2.3. La Lesión a los Derechos Fundamentales de la Trabajadora Embarazada en el Período de Prueba.....	95
2.3.1 Derecho al trabajo.....	96
2.3.2. Derecho a la no discriminación.....	97
2.3.3. Derecho a la seguridad social.....	102
2.3. Definición de términos básicos .....	104
<b>CAPÍTULO 3. HIPÓTESIS .....</b>	<b>109</b>
3.1. Formulación de la hipótesis .....	109
3.2. Operacionalización de variables .....	109
<b>CAPÍTULO 4. MATERIALES Y MÉTODOS.....</b>	<b>111</b>
4.1. Tipo de diseño de investigación.....	111
4.2. Material de estudio.....	111
4.2.1. <i>Unidad de estudio.</i> .....	111
4.2.2. <i>Población.</i> .....	111
4.2.3. <i>Muestra.</i> .....	111
4.3. Técnicas, procedimientos e instrumentos.....	112
4.3.1. <i>Para recolectar datos.</i> .....	112
4.3.2. <i>Para analizar información.</i> .....	113
<b>CAPÍTULO 5. RESULTADOS .....</b>	<b>115</b>
<b>CAPÍTULO 6. DISCUSIÓN .....</b>	<b>137</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>144</b>
<b>RECOMENDACIONES .....</b>	<b>147</b>
<b>REFERENCIAS.....</b>	<b>151</b>
<b>ANEXOS .....</b>	<b>15656</b>

## RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo, estudiar todas las aristas que engloba la extinción de la relación laboral por decisión del empleador de una trabajadora embarazada durante el período de prueba; en ese sentido, se procederá a examinar de manera exhaustiva la situación antes mencionada, pues como se sabe, durante dicha etapa inicial del contrato de trabajo, tanto empleador como trabajador, pueden dar por terminado el vínculo laboral, sin necesidad de expresar, ni acreditar causa alguna, y sin que la misma le genere algún tipo de responsabilidad.

En ese lineamiento de ideas, por un lado tenemos la facultad extintiva del empleador con la que goza durante el período de prueba, y por otro, el ejercicio de los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada, los mismos que se encuentran activos en cualquier etapa del contrato de trabajo; que pueden ser transgredidos, siempre y cuando el empleador incurra en un ejercicio arbitrario de la facultad extintiva de la relación laboral, esto a consecuencia de la incomodidad, y el incremento de los costos laborales que le genera mantener un vínculo laboral con una trabajadora en estado de gestación.

Bajo este contexto, se procederá a proponer una solución jurídica que permitirá proteger a la trabajadora embarazada durante el período de prueba; sin la necesidad de que el empleador pierda la facultad que posee durante dicha período, la cual consiste básicamente, en la evaluación de las aptitudes y conducta de la trabajadora gestante, que no es más que la razón de ser del período de prueba, así como, el ejercicio diligente de la facultad extintiva de la relación laboral. Lo esbozado tendrá como sustento la teoría de la estabilidad laboral reforzada, instruida por la jurisprudencia colombiana, los fundamentos jurídicos establecidos en las sentencias extranjeras a desarrollar en la presente investigación, y los tratados internacionales, específicamente, los Convenios de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), y los relacionados a Derechos Humanos, los cuales serán interpretados de manera integral con lo previsto en nuestra Constitución Política, en relación a los derechos fundamentales de la trabajadora gestante.

## ABSTRACT

This research aims to study all the edges that encompasses the termination of the employment relationship by decision of the employer of a pregnant worker during the trial period; in that sense, we will proceed to examine in greater depth the aforementioned situation, because as you know, during this initial stage of the employment contract, both employer and worker may terminate the employment relationship without express or accredit some, without that it will generate some responsibility cause.

In this outline of ideas, on the one hand we have the statute of the faculty of enjoying employer during the trial period, and secondly, the exercise of the fundamental rights of pregnant workers, the same that are active at any stage of Work contract; they can be violated as long as the employer incurs an arbitrary exercise of the statute of faculty employment, this as a result of the discomfort, and increased labor costs that will maintain an employment relationship with a worker in state gestation.

In this context, we will proceed to propose a legal solution that will protect pregnant worker during the trial period; without requiring that the employer has the power lost during that period, which basically consists in evaluating the skills and behavior of the pregnant worker, it is only the rationale for the trial period, and the diligent performance of the statute of faculty employment. We have outlined as support the theory of employment stability, instructed by Colombian law, the legal basis established in the foreign judgments to be developed in this research, and international treaties, specifically, the Conventions of the International Labour Organisation ( ILO), and related to Human Rights, which will be played integral with the provisions of our Constitution, in relation to the fundamental rights of the pregnant worker so.



## CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN

### 1.1. Realidad problemática

La mujer a lo largo de los años, ha buscado su igualdad con el hombre no sólo en el ámbito social, educativo, político, familiar, sino también en lo laboral, lo cual queda demostrado, en las estadísticas elaboradas por el Instituto Nacional de Estadística e Informática, en donde se ha puesto a conocimiento del público por parte del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, que al año 2008, la mujer ocupa el 45.6% de la Población Económicamente Activa (PEA), mientras que los hombres representan el 54.4%. Asimismo, señala que los hombres poseen un porcentaje mayor que las mujeres respecto a la PEA ocupada, ya que éstos constituyen el 54.7%, mientras que las mujeres el 45.3%; y en cuanto al extremo de la PEA desocupada, las mujeres constituyen el 52.3%, y los hombres el 47.7% (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2008).

Asimismo, el Instituto Nacional de Estadística e Informática ha elaborado un esquema acerca de la evolución de la PEA ocupada femenina, del año 2004 al 2012, según el ámbito geográfico; en el cual se aprecia que al 2004, un número de 5,641.7 de mujeres contaban con empleo, cifra que ha ido creciendo con el pasar de los años, siendo que al 2012, la PEA ocupada femenina estaba constituido por una cantidad de 6,821.9 mujeres (Instituto Nacional de Estadística e Informática).

En efecto, las cifras antes mencionadas, reflejan el progreso de la mujer en la inserción al mercado laboral en nuestro país; sin embargo, es una realidad que en pleno siglo XXI, en nuestro país aún existen rasgos de machismo y prejuicios, esto se evidencia en el artículo titulado “Si eres mujer y vives en el Perú, por Patricia del Río”, escrito por la periodista peruana Patricia del Río, y publicado en el Diario El Comercio, donde la autora generalizando la situación de la mujer en el Perú, describe diversos supuestos que puede vivir una mujer peruana por su sola condición de mujer; siendo así, en el caso en concreto, señala literalmente lo siguiente: “Si eres mujer, vives en el Perú y postulas a un trabajo, tus futuros empleadores analizarán si estás en edad reproductiva y probablemente te pregunten si tienes ganas de tener (más) hijos para ver si te contratan.” (Del Rio Labarthe, 2014).

Bajo este contexto, nuestro Estado a través de diversas leyes nacionales y tratados internacionales ratificados, ha buscado la protección de la mujer en el trabajo; sin embargo, el derecho al ser una ciencia social y dinámica, genera la imposibilidad de que los legisladores, como órganos creadores de nuestro ordenamiento jurídico regulen todas las situaciones que puedan perpetrarse al momento en que las mujeres prestan sus servicios personalísimos, remunerados, y bajo subordinación de su empleador, más aún, si las situaciones que se desarrollan en la sociedad van evolucionando con el traspaso de los años, lo cual amerita nuevas normas o reformas legislativas.

En efecto, se presenta la situación de la extinción de la relación laboral por decisión del empleador de una trabajadora embarazada durante el período de prueba; al cual se le conoce, como aquel breve período en el cual el empleador evalúa las aptitudes y conocimientos del trabajador a fin de verificar si son las requeridas para el puesto de trabajo, y por el lado del trabajador, éste verifica si el empleador cumple con las condiciones de trabajo y obligaciones laborales pactadas en el contrato de trabajo, así como las previstas normativamente. En ese sentido, es que ambas partes del contrato de trabajo cuentan con la facultad de dar por terminada la relación laboral en cualquier momento del período de prueba, sin la necesidad de manifestar, ni acreditar la causa y sin que la misma le genere algún tipo de responsabilidad; nuestro ordenamiento jurídico regula la citada figura jurídica, en el artículo 43 del Decreto Legislativo No. 728, artículo 10° del Decreto Supremo No. 003-97-TR, y, en los artículos 16 y 17 del Decreto Supremo No. 001-96-TR.

Nuestro Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente No. 2456-2012-AA/TC, publicada en su página web el 22.01.2013, analiza la demanda de acción de amparo de una trabajadora embarazada, que pretende su reincorporación al puesto de trabajo que desempeñaba al momento de su cese laboral, esto a consecuencia de que su empleador decidió de manera unilateral terminar su relación laboral dos días antes de que supere el período de prueba; siendo así, el Colegiado, manifiesta que antes de proceder analizar si se produjo el despido discriminatorio que alega la recurrente, se tiene que verificar si ésta supero el período de prueba, motivo por el cual, en el punto 3.3.5 de la referida sentencia, el Colegiado, señala que como la actora no ha cuestionado en su demanda ni en otra vía la prórroga del período de prueba, peor aún, como no ha presentado ningún

documento que acredite que dicha ampliación sea fraudulenta; en consecuencia, en el punto 3.3.6 de la citada sentencia, determina que la recurrente no superó el período de prueba convencional, por tanto no tiene protección contra el despido arbitrario, consecuentemente no se acredita la vulneración de los derechos constitucionales alegados (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2012).

En lo concerniente, es prudente señalar que no sólo nuestro país se ha manifestado frente a este acontecimiento laboral, tal es así, que en países como España, Argentina y Colombia existen pronunciamientos judiciales, en los cuáles, algunos han sido a favor de la parte empleadora, y otros a favor de la trabajadora gestante, pero con un exhaustivo análisis jurídico y fáctico, del contexto en que se desarrolla la terminación de la relación laboral por decisión del empleador de una trabajadora embarazada durante el período de prueba, análisis que carece la sentencia emitida por nuestro Tribunal Constitucional.

En este contexto, el empleador en el supuesto de que haga un uso indebido de la facultad extintiva de la relación laboral con la que goza durante el período de prueba, incurriría en un abuso del derecho, puesto que con su “supuesto ejercicio regular de su derecho”, generaría un acto ilegítimo, consistente en la afectación al ejercicio de los derechos fundamentales de las trabajadoras gestantes. Asimismo también desvirtuaría la finalidad y/o razón de ser del período de prueba, debido a que su decisión de extinguir la relación laboral de una trabajadora en estado de gestación durante el referido período, no se debería a la no productividad de la trabajadora, o a su mal comportamiento, sino que constituiría una reacción de éste frente al conocimiento del estado de gestación en que se encuentra dicha trabajadora; es decir una decisión subjetiva, desprovisto de todo criterio objetivo; esto atendiendo a que los empleadores tienden a tener la percepción de que una trabajadora embarazada le genera mayores costos laborales, lo cual sería contrario al respeto de los derechos fundamentales de las trabajadoras embarazadas, que operan en cualquier etapa del contrato de trabajo.

Bajo estos argumentos, se genera la interrogante de si es factible extender de manera excepcional la protección jurídica que se le brinda a la trabajadora embarazada en el despido nulo, al período de prueba, teniendo en cuenta la protección especial que a nivel internacional y constitucional se le reconoce a la

trabajadora embarazada, limitando de esta manera la facultad extintiva con la que goza el empleador durante dicho período, toda vez, que la trabajadora embarazada por su misma condición forma parte de un sector históricamente y socialmente vulnerable de la población laboral, en la cual su estabilidad en el empleo es precaria; motivo por el cual, el Derecho del Trabajo le brinda una mayor atención y protección en relación a los trabajadores comunes.

## **1.2. Formulación del problema**

¿De qué manera la extinción de la relación laboral por decisión del empleador durante el período de prueba, vulnera los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada?

## **1.3. Justificación**

La presente investigación encuentra su justificación teórica, en la teoría de la estabilidad laboral reforzada, que señala, que bajo ningún supuesto una trabajadora embarazada puede ser despedida por razón de su maternidad; en ese sentido, su protección tiene que ser eficaz y efectiva, motivo por el cual su aplicación está sometida a un control constitucional estricto, puesto que no es suficiente, que el ordenamiento jurídico asegure un ingreso remunerativo a las trabajadoras embarazadas, sino también es necesario proteger de manera eficaz su derecho al trabajo. De la misma manera, encuentra su justificación académica, en el curso de Derecho Sustantivo del Trabajo, específicamente en las relaciones laborales de las trabajadoras embarazadas que se encuentran sujetas al período de prueba. Asimismo, la justificación práctica de la presente investigación, se sustenta en la necesidad de establecer los parámetros, bajo los cuáles los empleadores deberán hacer uso de la facultad extintiva de la relación laboral con la que gozan durante el período de prueba, a fin de evitar que incurran en un uso arbitrario de dicha facultad, y por ende, transgredan los derechos fundamentales de la trabajadora gestante. Finalmente, ésta investigación encuentra su justificación valorativa, en que buscará la protección fáctica y legal efectiva de las trabajadoras que se encuentran en estado de gestación durante el período de prueba, a razón de que forman parte de un sector históricamente y socialmente vulnerable de la población laboral.

#### **1.4. Limitaciones**

Al momento de desarrollar la presente investigación, se presentó la dificultad en el acceso a los textos completos de las sentencias extranjeras, en las cuales, a través de comentarios efectuados por especialistas en la materia, se constata que en ellos, se analiza a profundidad el contexto en que se desarrolla la extinción de la relación laboral por decisión del empleador de la trabajadora gestante, que se encuentra sujeta a período de prueba.

#### **1.5. Objetivos**

##### **1.5.1. Objetivo General**

Determinar de qué manera la extinción de la relación laboral por decisión del empleador durante el período de prueba, vulnera los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada.

##### **1.5.2. Objetivos Específicos**

- Explicar la desprotección fáctica y legal en que se encuentra la trabajadora en estado de gestación durante el período de prueba, respecto a la fase extintiva de la relación laboral.
- Evaluar el uso irrestricto de la facultad extintiva de la relación laboral, con la que goza el empleador durante el período de prueba, en las relaciones laborales de trabajadoras en estado de gestación.
- Comparar la legislación, y jurisprudencia nacional, y comparada, en cuanto a la protección que se otorga a la trabajadora en estado de gestación durante el período de prueba.
- Identificar los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada que pueden verse afectados, tras el uso arbitrario por parte del empleador de la facultad extintiva de la relación laboral que goza durante el período de prueba.

- Determinar la posibilidad de aplicar extensivamente al período de prueba, la protección jurídica que se otorga a la trabajadora embarazada en el despido nulo.

## CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO

### 2.1. Antecedentes

- En España, María José Díaz Bienes, estudiante de la Universidad de La Laguna, sustenta su tesis titulada: “La extinción del contrato de trabajo de la mujer embarazada a raíz de la STC 173/2013”, del año 2013/2014, en la cual llegó a la conclusión que en el ordenamiento jurídico de su país, existe un vacío, debido a que las trabajadoras en estado de gestación durante el inicio de la relación contractual se encuentran en desprotección, precisamente en la fase donde la precariedad adquiere su más alta significación; es así, como la autora concluye que el período de prueba se ha convertido en la franja divisoria que delimita la zona en la que el derecho a la no discriminación pierde operatividad en la práctica real; en ese sentido, afirma también que la posibilidad del desistimiento empresarial sólo puede calificarse como una fisura en las políticas de igualdad y no discriminación. En cuanto a la protección de las mujeres en estado de gestación, refiere que incluso ante la sospecha de discriminación por razón de sexo, no procede invocar la protección establecida legalmente para las trabajadoras que están embarazadas, si estas tienen su contrato laboral en período de prueba. (Díaz Bienes, 2013)
- En Colombia, Jorge Antonio Giraldo Hoyos, estudiante de la Pontificia Universidad Javeriana, sustenta su trabajo de grado titulado: “El fuero laboral constitucional”, del año 2002, en la cual llega a la conclusión que el fuero laboral constitucional es un privilegio o garantía concedida a favor de un trabajador por una condición especial que lo hace merecedor de un trato diferente; en ese sentido, ésta especial protección se encuentra reflejada en la terminación unilateral de su contrato de trabajo, la cual no puede fundarse en una causa discriminatoria destinada a la lesión de derechos fundamentales, sino todo lo contrario, el empleador debe probar que la causa del despido no es la situación de debilidad, o inferioridad manifiesta, o la pertenencia del trabajador a un grupo discriminado. Asimismo, el autor afirma que la protección especial que enmarca el fuero laboral constitucional es extensible a todas aquellas situaciones, en las cuales se presenta cualquier hecho que constituya discriminación para el trabajador; siendo así, es viable aplicar la referida protección a la etapa del período de prueba. (Giraldo Hoyos, 2002)

- En Colombia, Gladys Milena Llanos Obando, estudiante de la Universidad de Antioquia, sustenta su monografía titulada: “Estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada en la legislación colombiana: Descripción jurisprudencial constitucional”, del año 2008, en la cual llega a la conclusión, que una de las causas por la cual se brinda protección a la mujer, se debe a la importancia que la vida ocupa en su ordenamiento constitucional, traduciéndose en el amparo jurídico que se le debe brindar al nasciturus, lo cual conlleva, que se le brinde una protección especial a la familia, donde el Estado y la sociedad son los responsables. Siendo así, afirma que su Constitución Política no sólo otorga tutela a la mujer embarazada, sino también a la madre, puesto que, de esta manera ampara los derechos de los niños y la familia, por ser la institución básica de la sociedad, los cuales prevalecen sobre los demás, garantizando así el cuidado del menor. (Llanos Obando, 2008)
  
- En Colombia, Germán Camilo Gantiva Hidalgo y Catalina Santos Angarita, estudiantes de la Pontificia Universidad Javeriana, sustentan su trabajo de grado titulado: “Investigación jurisprudencial constitucional en el área del derecho laboral individual”, del año 2004, en la cual llegan a la conclusión que la mujer embarazada es acreedora de una protección especial por parte del Estado, puesto que, por medio de dicha protección se busca proteger a la familia, el trabajo, la vida digna, la salud y a los niños. Asimismo, ambos autores concluyen que la jurisprudencia de su país ha establecido cuatro supuestos que deben acreditarse, a fin de que proceda la tutela que se le brinda a la trabajadora embarazada, los cuales son: i) que el despido se produzca durante el fuero de la maternidad, ii) que a la fecha del despido el empleador conociera la situación de gestación, iii) que no se haya pedido la autorización correspondiente, o no se haya motivado debidamente el acto administrativo, y iv) que se amenace el mínimo vital de la madre. En ese sentido, en una de sus conclusiones, los autores profundizan sobre el requisito, que impone que el empleador conozca el estado de embarazo de la trabajadora, al respecto, concluyen que su Órgano Jurisdiccional máximo ha manifestado que este conocimiento no necesariamente debe realizarse por escrito, ya que existen eventos que permiten que el empleador conozca el embarazo y que por lo tanto dan cumplimiento a dicha exigencia. (Gantiva Hidalgo & Santos Angarita, 2004)



## 2.2. Bases Teóricas

### CAPITULO I: EL PERÍODO DE PRUEBA EN EL CONTRATO DE TRABAJO

#### I. Breve Referencia al Contrato de Trabajo

En sus inicios, la contratación de un trabajador estuvo relacionada con el alquiler de la persona, de su energía, de sus conocimientos o de la conjunción de todos estos elementos. Tal es así, que Francisco Gómez Valdez citando a Planiol, señala que dicho jurista pretendió sin éxito en su momento denominar al contrato de trabajo, arrendamiento de trabajo, en esa misma línea, señala que Carnelutti manifestó en su momento, que el hombre cuando trabaja lo que hace es vender su energía, de la misma manera como se vende otra de origen natural (Gómez Valdez, 2007).

Estas corrientes doctrinarias demostraron que en un inicio, la doctrina consideró que el contrato de trabajo poseía una naturaleza jurídica mercantilista, a tal punto que se permitió considerar al trabajo como una mercancía. Dicha apreciación, con el transcurso de los años ha sido dejada en desuso, tal es así, que en la segunda etapa del Derecho del Trabajo, conocida como la etapa de la humanización del trabajo, se enfatizó que el trabajo humano ya no sería considerado una mercancía.

En efecto, hoy en día, se tiene una conceptualización distinta a la anteriormente descrita acerca de que es el contrato de trabajo; siendo así, el reconocido doctrinario laboralista Jorge Toyama Miyagusuku, manifiesta que el contrato de trabajo “debe ser considerado como un negocio jurídico por el cual el trabajador presta sus servicios personales por cuenta ajena en una relación de subordinación a cambio de una remuneración” (Toyama Miyagusuku, 2005). En la misma línea, Jorge Rodríguez Mancini, define al contrato de trabajo “como aquel por el cual una persona física (trabajador) compromete su trabajo personal a favor de otra, física o jurídica (empleador), por cuenta y riesgo de esta última, que organiza y dirige la prestación y aprovecha sus beneficios mediante el pago de una retribución” (Rodríguez Mancini, 2004).

De la misma manera, Manuel Alonso Olea y María Emilia Casas Baamonde, afirman que el contrato de trabajo: “es una relación jurídica en virtud de la cual los frutos del trabajo pasan, ab initio, desde el momento mismo de su producción, a integrar el patrimonio de persona distinta del trabajador” (Alonso Olea & Casas Baamonde, 2001). De la descripción de las definiciones precedentes, se infiere que, para que una relación contractual sea de naturaleza laboral, ésta debe contar con los tres elementos esenciales y obligatorios que exige el contrato de trabajo, que vienen a ser: i) la prestación personal de servicios, ii) la remuneración y iii) la subordinación o dependencia jurídica, elementos que se encuentran establecidos en el artículo 4 del Decreto Supremo No. 003-97-TR.

Siendo así, el primer elemento del contrato de trabajo, se encuentra regulado en el artículo 5 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, donde se indica, que la prestación de servicios que el trabajador efectúa a favor de su empleador debe ser “personal”; es decir, con carácter de “intuitio personae”, motivo por el cual no puede ser delegado a un tercero. En ese sentido, Jorge Toyama Miyagusuku define a éste primer elemento como “la obligación del trabajador de poner a disposición del empleador su propia actividad laborativa (operae), la cual es inseparable de su personalidad, y no un resultado de su aplicación (opus) que se independiza de la misma” (Toyama Miyagusuku, 2011); por tanto, la posibilidad de que la prestación de servicios sea sustituida ya sea remunerada o no, contradice el carácter personalísimo de la prestación del trabajador y con ello al contrato de trabajo.

Otro de los elementos del contrato de trabajo, consiste en la retribución o contraprestación a la prestación personal de servicios que ejecuta el trabajador; es decir la remuneración, que constituye el objeto de la obligación del empleador que deriva directamente del trabajo, y puede ser percibida en dinero y/o especie, siempre y cuando sea de la libre disposición del trabajador, tal como lo manifiesta el artículo 6 del Decreto Supremo No. 003-97-TR. Bajo este contexto, se afirma que el contrato de trabajo es bilateral, porque crea obligaciones para ambas partes, es decir entre ellos se reconocen derechos, obligaciones y responsabilidades;

asimismo, es oneroso, porque cada parte aspira a obtener una ventaja de la prestación de la otra; de la misma manera, es conmutativo, porque ambas partes al momento de celebrar el contrato de trabajo conocen el contenido de su prestación; y, finalmente es sinalagmático, porque contiene prestaciones recíprocas e independientes.

Ahora bien, el último elemento del contrato de trabajo, ha sido reconocido de manera unánime tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, como el elemento determinante para establecer la existencia de una relación laboral, ya que constituye el elemento distintivo del contrato de trabajo, en virtud del cual, el trabajador está sujeto a las directivas del empleador en cuanto al desarrollo de sus actividades, y a la imposición de sanciones ante las faltas cometidas, de lo cual se infiere, que el empleador cuenta con tres poderes: i) poder de dirección, ii) poder fiscalizador y iii) poder sancionador; lo cual se encuentra recogido en el artículo 9 del Decreto Supremo No. 003-97-TR.

Siendo así, se entiende que el contrato de trabajo consiste en aquel acuerdo de voluntades, por medio del cual, una de las partes denominada “trabajador” se compromete a prestar sus servicios de manera personalísima a favor de otra de las partes denominada “empleador”, bajo subordinación de éste, quien cuenta con las facultades de dirigir y fiscalizar las labores del trabajador, así como sancionarlo disciplinariamente ante cualquier incumplimiento en sus obligaciones; asimismo, el empleador se obliga a retribuirle al trabajador la prestación de sus servicios, con el pago de su remuneración, la cual puede ser percibida tanto en dinero como en especie, pero siempre que sea de la libre disposición del trabajador, y constituya una ventaja patrimonial para él y su familia.

## **II. Principios Generales del Derecho del Trabajo**

El Derecho de Trabajo propiamente dicho surgió con la revolución industrial; es decir con la lucha del proletariado (clase obrera) para el reconocimiento de sus derechos laborales, es así, como doctrinariamente se indica que el Derecho del Trabajo históricamente pasó por tres etapas

evolutivas: i) Etapa de la Prohibición, en la cual, las legislaciones proscibieron expresamente la formación de gremios, incluso llegando algunas a tipificarlo como delito penal, entre tales legislaciones, la más recordada es la Ley Chapelier (Francia) promulgada el 14 de Junio de 1971; ii) Etapa de Tolerancia, en la cual, se comenzó a derogar las normas prohibitivas de formación de gremios, para poco a poco ir aceptando la situación gremial, es así como llegamos a la última etapa evolutiva; iii) Etapa de Reconocimiento, en la cual, el Estado interviene para establecer parámetros tanto en el derecho individual como en el colectivo, así como reconocer legalmente la constitución de gremios (organizaciones sindicales). Esto motivo a que algunos doctrinarios, señalen que el Derecho del Trabajo fue impulsado por el trabajador, puesto que organizó la relación empleador-trabajador a fin de que subsista el capitalismo, mientras que otros indican que el empleador fue el impulsor del Derecho del Trabajo, ya que ante la constante lucha de los trabajadores en el reconocimiento de sus derechos laborales, los empleadores cedieron en reconocer algunos de ellos, claro está que el primer derecho laboral reconocido fue la jornada máxima de ocho (08) horas diarias y, cuarenta y ocho (48) horas semanales, la misma que fue materia de desarrollo en el Convenio No. 01 de la OIT – Sobre las Horas de Trabajo (Industria) en el año 1919.

Bajo este contexto, el Derecho de Trabajo desde sus inicios tuvo confusión en la delimitación de su ámbito de aplicación, con el Derecho Civil, ya que es común que algunos doctrinarios afirmen que el Derecho del Trabajo surgió del Derecho Civil; sin embargo, actualmente es un tema zanjado sobre la autonomía que posee el Derecho del Trabajo, esto a partir de que ambas ramas jurídicas son totalmente distintas, empezando desde la naturaleza jurídica de cada una de ellas, las partes que conforman la relación contractual, los derechos y prestaciones que entran en juego en cada relación contractual, hasta la gama de principios que orientan a cada rama jurídica.

Es así como, el Derecho del Trabajo como rama jurídica autónoma posee sus propios principios, los cuáles serán desarrollados a continuación.

Antes de pasar a desarrollar cada uno de los principios generales del Derecho del Trabajo, es necesario señalar que se entiende por principio, para ello, Manuel Alonso García indica que los principios “son aquellas líneas directrices o postulados que inspiran el sentido de las normas laborales y configuran la regulación de las relaciones de trabajo con arreglo a criterios distintos de los que pueden darse en otras ramas del Derecho” (Alonso García, 1960); es decir, los principios son enunciados básicos que abarcan una serie indefinida de situaciones y no una en particular, motivo por el cual poseen una carácter general; a lo cuál se le debe agregar que las funciones de los principios son básicamente tres: i) Productiva, porque las normas laborales se crean en base a ellos; ii) Interpretativa, porque sirven a los operadores jurídicos como un instrumento de interpretación de las normas; y iii) Sustitutoria, porque en caso de encontrarse ante un vacío legal, los principios del Derecho del Trabajo son aplicables para la solución del caso, debido a que estos orientan el sentido de todo el ordenamiento jurídico laboral.

## **2.1. Principio Protector**

Reconocido unánimemente por la doctrina y jurisprudencia como el principio rector del Derecho del Trabajo, esto a razón de la naturaleza tuitiva que posee, debido a la disparidad existente en la relación contractual entre empleador – trabajador, por lo que se busca proteger a éste último, frente al poderío que tiene el primero, esto con el fin de nivelar las desigualdades existentes entre ambos (desigualdad compensatoria).

En opinión del famoso doctrinario uruguayo Américo Plá Rodríguez, el único principio existente en ésta rama jurídica es el principio protector, los demás constituyen reglas y/o normas que no catalogan como principios; en cuanto su reconocimiento constitucional, no goza de tal consagración de manera expresa; sin embargo, es factible señalar que el principio protector guarda una estrecha relación con lo señalado en el artículo 23 de nuestra Constitución Política, y con el principio-derecho de la dignidad humana, más aún, si ha sido desarrollada y

considerada en diversas sentencias expedidas por nuestro Tribunal Constitucional.

En este orden de ideas, éste principio se manifiesta en tres reglas:

- In Dubio Pro Operario.- Al respecto, ésta regla aplica en caso de duda sobre la interpretación de una norma, es decir, cuando frente a una norma colisionan varias maneras de interpretarla, se le faculta a los operadores jurídicos en aplicar la interpretación más favorable al trabajador; es así, como ésta regla tiene reconocimiento constitucional, específicamente en el numeral 3 del artículo 26 de nuestra Constitución Política, entendiéndose a la duda insalvable como aquella que no puede ser resuelta por medio de la técnica hermeneútica. Sobre este orden de ideas, nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente No. 0008-2005-AI/TC, en su fundamento 21 señala:

El principio indubio pro operario será aplicable cuando exista un problema de asignación de significado de los alcances y contenido de una norma. Ergo, nace de un conflicto de interpretación, mas no de integración normativa. La noción de «norma» abarca a la misma Constitución, los tratados, leyes, los reglamentos, los convenios colectivos de trabajo, los contratos de trabajo, etc. (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2005)

- Norma más favorable.- Sobre el particular, ésta regla opera cuando colisionan dos o más normas aplicables para un mismo caso, frente al cual se debe optar por la norma más favorable al trabajador; pese a su importancia, ésta regla no tiene reconocimiento expreso constitucional, ni cuenta con un desarrollo jurisprudencial por nuestro Tribunal Constitucional; sin embargo, ha sido desarrollada por la doctrina, la cual constituye una fuente del Derecho del Trabajo.

- Condición más beneficiosa.- Al respecto, ésta regla no opera sobre una norma, sino ante los cambios que pueden surgir en la ejecución del contrato de trabajo; es decir, dicha regla supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida, y si ella resulta ser más favorable al trabajador que la nueva condición a aplicar, la primera debe mantenerse. De la misma manera como sucede con la regla de la norma más favorable, no cuenta con un reconocimiento expreso constitucional, ni un desarrollo jurisprudencial por nuestro Tribunal Constitucional; pero sí por la doctrina, sin ánimo de contradecir lo antes dicho, es pertinente señalar que el famoso jurista Javier Neves Mujica, indica que ésta regla se inspira en la intangibilidad de los contratos ante las innovaciones normativas posteriores, contenido en el artículo 62 de nuestra Constitución Política.

## 2.2. Principio de Irrenunciabilidad de Derechos

Sobre el particular, éste principio tiene su consagración constitucional en el numeral 2 del artículo 26 de nuestra Constitución Política, en donde se señala expresamente que los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley poseen carácter irrenunciable; es así como en el fundamento 24 de la sentencia recaída en el Expediente No. 0008-2005-AI/TC se indica que:

(...) regla de no revocabilidad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al trabajador por la Constitución y la ley. Al respecto, es preciso considerar que también tienen la condición de irrenunciables los derechos reconocidos por los tratados de Derechos Humanos, toda vez que estos constituyen el estándar mínimo de derechos que los Estados se obligan a garantizar a sus ciudadanos (...). En ese sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, la renuncia a dichos derechos sería nula y sin efecto legal alguno. (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2005).

En este orden de ideas, lo que busca éste principio es prohibir los actos de disposición del trabajador, como titular de un derecho

respecto a la renuncia de sus derechos laborales, claro está que únicamente opera sobre aquellos derechos contenidos en una norma imperativa, y que cuenten con reconocimiento constitucional y legal; es así como, éste principio es una manifestación de la figura jurídica del paternalismo jurídico, por medio del cual, el Estado limita la autonomía de los privados, a fin de que estos no afecten sus derechos fundamentales, en el tema a desarrollar, los de contenido laboral.

### **2.3. Principio de Primacía de la Realidad**

Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional en el fundamento 3 de la sentencia recaída en el Expediente No. 1944-2002-AA/TC, señala que el principio de primacía de la realidad:

(...) significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos. (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2003)

Ello no significa que la declaración efectuada por las partes no tenga importancia, nuestro ordenamiento jurídico presume su conformidad con la voluntad real de las partes; sin embargo, permite desvirtuar dicha presunción si constata la discrepancia entre una y otra, en donde lo que sucede en el terreno de los hechos prevalece.

A pesar de ello, éste principio no cuenta con reconocimiento de rango constitucional, pero si legal, tal es así, que lo encontramos en el numeral 2 del artículo 2 de la Ley General de Inspección de Trabajo, como uno de los principios ordenadores que rigen el sistema de inspección de trabajo; si bien es cierto, éste principio no ha sido desarrollado en ninguno de los Convenios de la OIT, si ha sido reconocido en la Recomendación No. 198 – Sobre la Relación de Trabajo (2006), que en su numeral 9, señala que uno de los fines de la política nacional de protección de los trabajadores, consiste en determinar la existencia de una relación de trabajo de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo, y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación



en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual, o de otra naturaleza convenido por las partes (Organización Internacional de Trabajo, 2006); siendo así, éste principio ha sido constantemente usado por los Juzgadores para la desnaturalización de los contratos civiles, que en el fondo pretenden esconder una relación contractual de naturaleza laboral.

#### **2.4. Principio de Continuidad**

Sobre éste principio, es pertinente señalar que guarda una estrecha vinculación con el principio de causalidad, en el sentido, que éste último consiste en que la contratación sujeta a modalidad, debe sustentarse en una causa objetiva, por lo que dicha contratación modal subsistirá mientras la referida causa objetiva exista. Ahora bien, el principio de continuidad, en concordancia con diversos doctrinarios opera como un límite a la contratación modal; esto porque la tendencia actual del Derecho del Trabajo es atribuirle la más larga duración a la relación laboral, es decir optan por una preferencia sobre los contratos de trabajo a plazo indeterminado.

En ese sentido, el doctrinario Martín Carrillo Calle, señala que al principio de continuidad se le reconoce las siguientes proyecciones:

- 1) Preferencia por los contratos de duración indefinida;
- 2) Amplitud para la admisión de las transformaciones del contrato;
- 3) Facilidad para mantener el contrato a pesar de los incumplimientos o nulidades en que se haya incurrido;
- 4) Resistencia a admitir la rescisión unilateral del contrato por voluntad patronal;
- 5) Interpretación de las inscripciones de contratos como simples suspensiones;
- 6) Prolongación del contrato en casos de sustitución del empleo (Carrillo Calle, 2001)

El principio de continuidad cuenta con consagración internacional, tal es así, que en el Convenio No. 158 de la OIT – Sobre la Terminación

de la Relación de Trabajo (1982), en el numeral 3 de su artículo 2, indica que: “se deberán prever garantías adecuadas contra el recurso a contratos de trabajo de duración determinada cuyo objeto sea eludir la protección que prevé el presente Convenio” (Organización Internacional de Trabajo, 1982).

En efecto, el principio de continuidad es considerado como la base de la estabilidad laboral, y esto se debe a que carecería de toda lógica establecer la estabilidad en el trabajo como una garantía que tiene el trabajador de no ser despedido sin causa justa, es decir una garantía frente los famosos despidos ad nutum, si es que, la relación de trabajo, como regla general, se pactara por tiempo determinado; es decir, la excepción no debe superar a la regla general, que no es más que la preferencia por la contratación a plazo indeterminado.

#### **2.4.1 Estabilidad Laboral en el Perú**

La estabilidad laboral ha sido descrita y reconocida como el rasgo más trascendental de las relaciones individuales de trabajo en nuestro país, así también, siempre ha sido fuente de una encendida polémica entre los doctrinarios laboristas de todas las épocas, la misma que se ha percibido desde su aparición en 1970 a través del Decreto Ley No. 18471, hasta su regulación por la Ley No. 24514, pasando de esta manera a su reconocimiento como derecho constitucional.

Es así como los defensores de la estabilidad laboral, señalan que ésta se justifica en razón a las necesidades básicas de subsistencia, como es la salud, educación, vivienda, alimentación, entre otros, que son habitualmente satisfechos con el producto del trabajo, por lo que si las necesidades son de carácter permanente, entonces el medio lícito que las financia también debe tener el mismo carácter de permanente. En cuanto a sus opositores, estos opinan que no se debe buscar la estabilidad del trabajador en el puesto de trabajo, sino la estabilidad del puesto de trabajo, mas no de la persona, para lo

cual deben darse las condiciones para que el empleador pueda invertir en mantener los puestos de trabajo.

A fin de entender el surgimiento y evolución de la estabilidad laboral en el Perú, se procederá efectuar una breve reseña histórica, que conforme se indicó en líneas precedentes, recién a partir de Noviembre del año 1970, tras la promulgación del Decreto Ley No. 18471 se aplicó en el Perú la estabilidad laboral absoluta, posteriormente a ello, a partir del año 1978, al dictarse el Decreto Ley No. 22126, se empezó a predicar en nuestro país la estabilidad laboral relativa, toda vez que la norma antes citada facultaba a los empleadores a rescindir los contratos de trabajo suscritos a partir de dicha fecha, con el sólo requisito de un preaviso de noventa (90) días o el pago de un justiprecio por dicho plazo, la referida Ley, establecía que la facultad del empleador de despedir a los trabajadores culminaba al tercer (03) año de servicio, es así como los empleadores con frecuencia despedían a sus trabajadores antes de que se cumpla el tercer (03) año de servicio; sin embargo, paralelamente a ello se mantenían los derechos de estabilidad absoluta a los trabajadores que tenían una relación laboral antes de la promulgación de la antes citada Ley.

Durante el primer gobierno del Dr. Alan García Pérez, se procedió a derogar la Ley No. 22126, y promulgó la Ley No. 24514, la cual predicaba la estabilidad laboral absoluta de los trabajadores; es así como en la Década de los 90', el sistema que recogió nuestra Constitución Política de 1979 fue de la estabilidad laboral absoluta. Sin embargo, con la promulgación de la Constitución Política de 1993, la cual se encuentra vigente en nuestro país, la situación cambio, toda vez que en ella se estableció el sistema de la estabilidad laboral relativa, así como la flexibilización del mercado laboral peruano.

En cuanto a sus fundamentos jurídicos, tenemos que la estabilidad laboral tiene su sustento en diversas aristas, la primera de ellas consiste en el derecho al trabajo, debido a que nuestra carta magna en su artículo 22 refiere que el trabajo es un derecho y deber de toda persona; siendo así, el derecho al trabajo se traduce en una fórmula que podría ser la siguiente: Todo trabajador tiene derecho a conservar su trabajo, salvo que existiese una causa justa para que se le prive de él; más aún, si el derecho al trabajo tiene dos manifestaciones: i) el acceso al empleo, que en su sentido genérico, está referido a las políticas económicas y sociales que debe adoptar nuestro Estado para generar puestos de trabajo, y en su sentido específico, se entiende como el derecho que tiene toda persona de ocupar un puesto de trabajo; y ii) la conservación del empleo, consistente en que el trabajador no puede ser despedido sino es por causa justa. Otro de los fundamentos jurídicos de la estabilidad laboral es el principio de continuidad, el cual es definido como la tendencia que se tiene de atribuirle la más larga duración a las relaciones laborales en todos los aspectos.

Ahora bien, en cuanto a la definición de la estabilidad laboral, la misma ha sido conceptualizada por diversos juristas laborales de nuestro medio, así como del medio internacional, entre los cuales, se pasará a describir las definiciones más concretas y entendibles para un mejor manejo del tema; siendo así, el doctrinario nacional Jorge Toyama Miyagusuku señala:

La estabilidad laboral es un derecho por el cual se busca la conservación del contrato de trabajo -el contrato típico de trabajo tiene vocación de permanencia y ello por el carácter protector del Derecho Laboral- ante las vicisitudes que se presentan en la relación laboral siendo una manifestación del principio de continuidad. (Toyama Miyagusuku, 2005).

Por su lado, el jurista español Joaquín Perez Rey manifiesta “La estabilidad en el trabajo o los trabajos constituye la versión más amplia y, a grandes rasgos, consiste en procurar al trabajador continuidad en su estatuto profesional más allá de los límites de una concreta empresa” (Perez Rey, 2004).

En ese sentido, es factible afirmar que por estabilidad laboral se entiende a la permanencia que busca y anhela todo trabajador en su empleo; es decir que su contrato de trabajo se proyecte en el tiempo, perdure en él, puesto que es el único medio que tiene para consolidarse como persona y profesionalmente, así como la subsistencia de él y su familia, a razón de ser el medio que genera ingresos económicos. De lo antes descrito, se infiere que la estabilidad laboral es una manifestación del principio de continuidad, la misma que opera en dos extremos de la relación laboral: i) en la contratación (llamada estabilidad de entrada), y ii) en el despido (llamada estabilidad de salida).

➤ Estabilidad Laboral de Entrada.- El doctrinario Martín Carrillo Calle, señala que:

Con la “estabilidad de entrada” se pone en evidencia la directa relación que existe entre la naturaleza de la labor a desempeñar y la duración del contrato a celebrar, según la cual, a labores permanentes le corresponden contratos de trabajo de duración indefinida, siendo la temporalidad la excepción, siempre y cuando el supuesto de hecho para recurrir a una modalidad de contrato temporal esté habilitado como causa objetiva por una ley y se cumplan los requisitos de forma por ella exigidos. (Carrillo Calle, 2001)

En efecto, conforme a lo precedentemente indicado, la estabilidad laboral de entrada es la garantía jurídica por la cual desde el inicio del contrato de trabajo el trabajador tiene derecho a una relación a plazo indeterminado, cuando la

naturaleza objetiva de sus labores es indefinida, siendo así la excepción a dicha modalidad de contratación laboral, son los contratos de trabajo a plazo determinado o fijo, en los cuáles debe existir una causa objetiva de contratación que justifique la temporalidad de las labores del trabajador; sin embargo existe una preferencia por la contratación a plazo indeterminado, siendo factible aplicar la contratación modal únicamente en el caso antes descrito; en cuanto al inicio de la estabilidad de entrada, la doctrina ha sido unánime en señalar, que ésta inicia una vez que el trabajador haya superado el período de prueba.

- Estabilidad Laboral de Salida.- Consiste en la protección que tiene el trabajador frente a la extinción de la relación laboral, la misma que únicamente puede darse por causales taxativas; es decir la estabilidad laboral de salida conlleva la prohibición del despido injustificado, carente de una causa contemplada en la Ley. En efecto, ésta clase de estabilidad es una manifestación del artículo 27 de nuestra Constitución Política, que señala que la Ley otorga al trabajador una adecuada protección contra el despido arbitrario; es decir el legislador a través de una Ley manda otorgar una adecuada protección al trabajador contra el despido arbitrario, quedando en reserva para la Ley la eficacia de la reparación, la cual queda subordinada a lo que disponga la Ley encargada de su regulación.

Al respecto, la estabilidad laboral de salida puede clasificarse en absoluta o relativa; siendo así, es absoluta cuando el trabajador una vez superado el período de prueba, sólo puede ser despedido cuando incurre en una de las causales previstas en la Ley, que habilitan el despido; la forma de reparación en este tipo de estabilidad de salida consiste en la tutela restitutoria (reposición); en cuanto a la estabilidad laboral de salida relativa, el empleador esta facultado para

resolver el vínculo laboral sin causa justificada, y sólo con la obligación de cancelar al trabajador una indemnización especial, es decir, conlleva a otras formas de protección, que pueden ser el pago de una indemnización por despido arbitrario, o el pago de remuneraciones devengadas, entre otros.

A su vez la estabilidad laboral de salida relativa, se subdivide en propia e impropia, ésta primera, implica un efecto meramente declarativo, es decir se procede a declarar la nulidad del despido, sin que ello conlleve a la reincorporación efectiva del trabajador; por su lado la impropia, se produce cuando la protección es la indemnización, puesto que ante la antijuridicidad del despido, éste no deviene en ineficaz. Al respecto, es oportuno señalar que nuestra legislación ha optado por el de la estabilidad laboral de salida impropia, teniendo como única excepción al despido nulo, despido incausado y fraudulento, despidos inconstitucionales, en los cuáles si procede la reincorporación del trabajador (estabilidad laboral absoluta).

### **III. Definición de Período de Prueba**

El período de prueba como institución jurídica del derecho sustantivo laboral, constituye la etapa inicial del contrato de trabajo al que todo trabajador se encuentra sometido cuando ingresa o reingresa a laborar a un centro de trabajo, excepcionalmente se le puede exonerar al trabajador del período de prueba, siempre y cuando conste por escrito.

Al respecto, Manuel Alonso García, define al período de prueba, como aquel:

Acuerdo de voluntades de trabajador y empresario en virtud del cual convienen durante un cierto período de tiempo, legal o voluntariamente fijado, la prestación de servicios del segundo por cuenta del primero a cambio de una remuneración, y a los efectos de la posible posterior formalización de un contrato de trabajo, la cual

queda sometida a los resultados del pacto en cuestión (Alonso García, 1975).

Asimismo, el jurista Manuel De la Cueva y De la Rosa en forma concreta, manifiesta que “se conoce como Período de Prueba en las relaciones de trabajo, un término breve, a iniciarse la prestación de los servicios, destinado a que el trabajador pruebe su aptitud” (De la Cueva y De la Rosa, 1963).

En ese orden de ideas, se entiende que el período de prueba, es aquel breve período que conforma la parte inicial del contrato de trabajo, en donde el empleador evalúa las aptitudes y conocimientos del trabajador, a fin de verificar si son las requeridas para el puesto de trabajo a ocupar, y por el lado del trabajador, éste verifica si el empleador cumple con las condiciones de trabajo y obligaciones laborales pactadas en el contrato de trabajo, y las previstas normativamente.

En ese sentido, en nuestro ordenamiento jurídico, el período de prueba se encuentra regulado en el artículo 10 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, y en los artículos 16 y 17 del Decreto Supremo No. 001-96-TR, apartados normativos de los cuales se colige, que como regla general, se tiene que la duración del período de prueba es de tres (03) meses, pero excepcionalmente, las partes pueden pactar un plazo mayor, cuando las labores requieran un período mayor de capacitación, o que por la naturaleza de las labores, o el grado de responsabilidad, se encuentre justificado la prórroga del período de prueba, el mismo que para su validez debe contar por escrito, y en su conjunto con el plazo inicial, para los trabajadores calificados y de confianza, no podrá exceder de seis (06) meses, y para el personal de dirección de un (01) año.

Asimismo, de los apartados normativos precedentemente indicados, se infiere que en caso de suspensión del contrato de trabajo o reingreso del trabajador, los plazos del período de prueba son acumulativos, es decir se suman en cada oportunidad hasta que se cumpla el término descrito en el párrafo anterior; haciendo hincapié, que no corresponde la acumulación de



los períodos, en caso que el reintegro del trabajador se efectuó en un puesto de trabajo notorio y cualitativamente distinto al anteriormente ocupado; o, que se produzca transcurrido los tres (03) años de ocasionado el cese laboral; finalmente, es preciso manifestar, que el plazo en exceso del término previsto legalmente, no surte efecto legal.

Finalmente, la consecuencia jurídica de que el trabajador supere el período de prueba, consiste en que éste obtiene protección contra el despido arbitrario, de lo cual, se traduce, que mientras se encuentre en el reiterado período de prueba, el empleador se encuentra facultado de dar por terminado la relación laboral, sin la obligación de manifestar, ni acreditar la causa de su decisión, y sin que la misma le genere algún tipo de responsabilidad; sin embargo, se sobreentiende, que ésta decisión unilateral del empleador, debe estar relacionada a que el trabajador no cumpla con las expectativas y/o cualidades requeridas para el puesto de trabajo que se le ha contratado; toda vez que, la finalidad del período de prueba, es la evaluación que realiza el empleador sobre las aptitudes del trabajador para el puesto de trabajo contratado.

#### **IV. Naturaleza Jurídica**

La doctrina en su afán de establecer la naturaleza jurídica del período de prueba, ha llegado a considerar que dicha figura jurídica constituye un pre-contrato, es decir un contrato previo al definitivo (contrato de trabajo), ésta naturaleza jurídica es criticada, toda vez que en materia laboral no puede hablarse de un contrato previo al contrato definitivo de trabajo, puesto que, desde el momento en el que se celebra el contrato de trabajo, los elementos esenciales del mismo se encuentran presentes, razón por la cual el trabajador desde ese instante adquiere la protección legal consagrada por las normas laborales.

Asimismo, también se ha sostenido que el contrato de trabajo constituye un contrato sujeto a condición, toda vez que de manera bilateral se establece las condiciones en las que se desarrollara el trabajo futuro, siendo así la condición primordial vendría a ser la ejecución del contrato de trabajo definitivo, en ese sentido, el plazo del período de prueba lo

asemejan a uno de condición resolutoria, en el sentido que, una vez superado el período de prueba se obtiene protección contra el despido arbitrario.

Sin el ánimo de menoscabar la ardua labor realizada por los doctrinarios laboristas, es prudente manifestar la opinión desarrollada por el jurista Francisco Gómez Valdez (teoría a la cual me adhiero), quien establece que la reiterada institución jurídica constituye un período de trabajo incierto para el trabajador, puesto que durante dicha etapa inicial del contrato de trabajo se encuentra propenso el abuso del derecho del empleador, el mismo que cuenta con amplias prerrogativas, un ejemplo claro y el más temerario, consiste en la terminación de la relación laboral sin expresión de causa, y sin que la misma le genere algún tipo de responsabilidad; en consecuencia, es factible afirmar que durante dicho período, fácticamente es el empleador quien dispondrá de manera absoluta la continuación o no del contrato de trabajo.

## V. Legislación Comparada

El período de prueba, como fase inicial del contrato de trabajo, no sólo ha sido regulado en nuestro ordenamiento jurídico, sino también en la de diversos países; entre las cuáles tenemos a las siguientes:

- **España.-** Éste país, regula al período de prueba, en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, donde señala, que el período de prueba debe pactarse por escrito, con sujeción a los límites de duración que se establezcan en los convenios colectivos; que en defecto del pacto en el convenio colectivo, la duración del período de prueba no podrá exceder de seis (06) meses para los técnicos titulados, ni de dos (02) meses para los demás trabajadores. Asimismo señala, que en el caso de las empresas que cuentan con menos de veinticinco (25) trabajadores, el período de prueba no podrá exceder de tres (03) meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados.

Por otro lado, manifiesta que durante el período de prueba, el trabajador tendrá los mismos derechos y obligaciones que

corresponda al puesto de trabajo desempeñado que ocupa un trabajador que ya haya superado dicho período, a excepción de los derivados de la resolución del contrato de trabajo, que puede producirse en cualquier momento por cualquiera de las partes durante el período de prueba. Asimismo, refiere que será nulo el pacto que establezca un período de prueba cuando el trabajador ya haya desempeñado las mismas funciones con anterioridad.

En cuanto a la situación de incapacidad laboral transitoria que afecte al trabajador durante el período de prueba, el apartado normativo, señala que dicha situación interrumpe el cómputo del mismo, siempre y cuando, el trabajador y empleador lo hayan acordado. Finalmente, señala que transcurrido el período de prueba sin que se haya producido el desistimiento (término de la relación laboral), el contrato de trabajo producirá plenos efectos.

Es decir, la legislación española en comparación con nuestro ordenamiento jurídico, regula de una manera más explícita la figura del período de prueba, puesto que en ella trata de abordar todas las posibles situaciones que pueden perpetrarse durante el desarrollo de la relación laboral que se encuentra sujeta al período de prueba, como es el caso de establecer literalmente que en caso de una incapacidad transitoria del trabajador, el cómputo del período de prueba se interrumpe, situación que si bien es cierto, en nuestra legislación se entiende como una suspensión del contrato de trabajo conforme a las causales tipificadas en el artículo 12 del Decreto Supremo No. 003-97-TR; sin embargo, dentro del apartado normativo que regula al período de prueba, no establece de manera expresa la situación antes descrita, lo cual demuestra que la legislación española denota de mayor amplitud que la nuestra.

Asimismo, la legislación española incentiva con mayor capacidad que nuestro ordenamiento jurídico a las relaciones colectivas de trabajo, a tal punto que le otorga prioridad a las negociaciones colectivas, para el acuerdo entre empleador y trabajador, en cuanto al tiempo de duración

del período de prueba, que recién en defecto de esto, se procederá aplicar el tiempo de duración previsto en la legislación española. Finalmente, lo más trascendental, es la regulación consistente en que el período de prueba, en cualquier tipo de contratación laboral, inclusive en las verbales, debe constar por escrito, lo cual demuestra con mayor transparencia el uso de dicha figura jurídica por parte de los empleadores.

- **Argentina.-** Éste país, regula al período de prueba, en el artículo 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo No. 20.744 – Texto Ordenado por Decreto 390/1976; donde se estipula, que se entenderá que el contrato de trabajo se encuentra celebrado a prueba durante los tres (03) primeros meses de su vigencia, tiempo en el cual, cualquiera de las partes podrá extinguir la relación laboral sin expresión de causa, y sin derecho a indemnización por motivo de la extinción, pero con la obligación de preavisar, según lo establecido en el acápite de la extinción del trabajo de la norma legal antes indicada.

Asimismo, señala que el período de prueba se regirá por las siguientes reglas:

- ✓ Un empleador no puede contratar a un mismo trabajador, más de una vez, utilizando el período de prueba. De hacerlo, se considerará de pleno derecho, que el empleador ha renunciado al período de prueba.
- ✓ El uso abusivo del período de prueba con el objeto de evitar la efectivización de trabajadores será pasible de las sanciones previstas en los regímenes sobre infracciones a las leyes de trabajo. En especial, se considerará abusiva la conducta del empleador que contrate sucesivamente a distintos trabajadores para un mismo puesto de trabajo de naturaleza permanente.
- ✓ El empleador debe registrar al trabajador que comienza su relación laboral por el período de prueba. Caso contrario, sin

perjuicio de las consecuencias que se deriven de ese incumplimiento, se entenderá de pleno derecho que ha renunciado a dicho período.

- ✓ Las partes tienen los derechos y obligaciones propias de la relación laboral, con las excepciones que se establecen en este artículo. Tal reconocimiento respecto del trabajador incluye los derechos sindicales.
- ✓ Las partes están obligadas al pago de los aportes y contribuciones a la Seguridad Social.
- ✓ El trabajador tiene derecho, durante el período de prueba, a las prestaciones por accidente o enfermedad del trabajo. También por accidente o enfermedad inculpable, que perdurará exclusivamente hasta la finalización del período de prueba.
- ✓ El período de prueba, se computará como tiempo de servicio a todos los efectos laborales y de la Seguridad Social.

En el mismo sentido que lo acontecido en la legislación española, la legislación argentina regula al período de prueba de una forma más amplia, donde lo más resaltante es la prevención de sanciones en el supuesto de que los empleadores hagan un uso abusivo del período de prueba, con el objeto de evitar que los trabajadores puedan obtener estabilidad laboral; es decir la legislación argentina si tuvo en cuenta, el supuesto que los empleadores puedan incurrir en un abuso del derecho, contrariamente a lo que sucede con nuestra legislación, la cual no ha contemplado de manera expresa dicha situación, pese a que es una realidad, que el período de prueba es una etapa del contrato de trabajo en el cual la estabilidad laboral es precaria, más aún, para ciertos trabajadores que poseen una condición especial que los hace más vulnerables que los demás trabajadores de la población laboral, como sucede con las trabajadoras gestantes.

Finalmente, es pertinente señalar, que la legislación argentina a diferencia de nuestra legislación, ha previsto el preaviso para la comunicación al trabajador del término de la relación laboral, en el mismo sentido y bajo los mismos términos que sucede en el supuesto de despido, lo cual demuestra una vez más la transparencia en el uso del período de prueba.

- **Paraguay.-** Éste país, regula el período de prueba, en los artículos 58, 59 y 60 del Código del Trabajo, en los cuales, manifiesta que en la etapa inicial del contrato de trabajo, se señala un período de prueba que tendrá por objeto respecto al empleador, de apreciar las aptitudes del trabajador, y de parte de éste, verificar la conveniencia de las condiciones del trabajo contratado.

Asimismo, señala que el período de prueba tendrá como tiempo máximo: i) en el caso de personal del servicio doméstico y trabajadores no calificado de treinta (30) días, ii) en el caso de trabajadores calificados o aprendices será de sesenta (60) días, y iii) en el caso de trabajadores técnicos altamente especializados, las partes pueden convenir un período distinto a los indicados anteriormente, conforme a las modalidades del trabajo contratado.

De la misma manera, expresa que durante el período de prueba, los trabajadores gozarán de todas las prestaciones, con excepción del preaviso y la indemnización por despido, y que durante dicho período las partes podrán dar por terminado el contrato de trabajo, sin incurrir en responsabilidad alguna; pero si al término de aquel, ninguno de las partes manifiesta su voluntad de manera expresa de dar por terminado el contrato de trabajo, éste continuará vigente en la forma convenida, debiendo computarse el período de prueba para todos los efectos legales; y que en el caso de celebrarse un nuevo contrato entre las mismas partes y para la misma clase de trabajo no regirá el período de prueba.

Bajo este contexto, se verifica que la regulación del período de prueba en la legislación paraguaya es casi idéntica a nuestra legislación, haciendo la salvedad de que en ella, el tiempo de duración del período de prueba es inferior a la nuestra, precisando que sólo en el caso de trabajadores técnicos altamente especializados, entre empleador y trabajador pueden convenir un período distinto a los establecidos para el personal del servicio doméstico, trabajadores no calificados, y trabajadores calificados o aprendices. En este sentido, es pertinente indicar que el tiempo de duración del período de prueba en la legislación paraguaya es breve; es decir, no es muy amplia como en nuestra legislación, de lo cual, se puede inferir que la legislación paraguaya únicamente utiliza el tiempo necesario para que se cumpla la finalidad del período de prueba.

Con respecto a las demás aristas, conforme se manifestó en el párrafo precedente, ambas legislaciones son bastantes similares, debido a que tanto en la legislación paraguaya como en la peruana, se prevé que los trabajadores que se encuentran laborando durante el período de prueba gozarán de todos los derechos laborales, con excepción del preaviso y la indemnización por despido, así como también, que durante dicho período las partes pueden dar por terminado la relación laboral, sin que ello le genere algún tipo de responsabilidad.

- **México.-** Éste país, regula el período de prueba, en los artículos 39-A, 39-C, 39-D y 39-E de la Ley Federal del Trabajo, donde se indica, que en los contratos de trabajo a plazo indeterminados o en aquellos que excedan ciento ochenta (180) días, podrá establecerse un período de prueba, el cual no podrá exceder de treinta (30) días, cuyo fin, es verificar que el trabajador cumple con los requisitos y conocimientos necesarios para desarrollar el trabajo que se solicita. Asimismo, señala que cuando se trate de trabajadores para puestos de dirección, gerenciales y demás puestos en donde se ejerzan funciones de dirección o administración, o para desempeñar labores técnicas o profesionales especializadas, el plazo del período de prueba podrá extenderse hasta ciento ochenta (180) días.

De la misma manera, regula que el trabajador al término del período de prueba, de no acreditar la satisfacción de los requisitos y conocimientos necesarios para el desempeño de las labores para que se le contrato, a criterio del empleador, teniendo en cuenta la opinión de la Comisión Mixta de Productividad, Capacitación y Adiestramiento, así como la naturaleza del puesto, dará por terminada la relación laboral, sin responsabilidad alguna.

Los artículos antes indicados, también manifiestan que el período de prueba debe constar por escrito, a fin de garantizar la seguridad social del trabajo, caso contrario, se entenderá que el contrato de trabajo es por tiempo indeterminado.

Por otro lado, la normatividad pertinente manifiesta que el período de prueba es improrrogable; en ese sentido, dentro de una misma empresa, no podrá aplicarse al mismo trabajador en forma simultánea períodos de prueba, ni en el supuesto de que se trate de puestos de trabajo distintos, o de ascensos, ni aun cuando concluida la relación laboral, surja otra nueva con el mismo empleador, esto con el único objetivo de garantizar los derechos de la seguridad social del trabajador.

Finalmente, se manifiesta también, que una vez concluido el período de prueba, y siempre que subsista la relación de trabajo, ésta se considerara a plazo indeterminado, y que el tiempo que duro el período de prueba se computará para efectos del cálculo de la antigüedad del trabajador.

Al respecto, la legislación mexicana en relación a nuestro ordenamiento jurídico, prevé un tiempo de duración del período de prueba mucho menor que el previsto en la nuestra, así como en la legislación paraguaya; esto atendiendo a que el objeto de la referida etapa inicial del contrato de trabajo, por parte del empleador consiste en la evaluación de las aptitudes del trabajador, y por el lado de éste, verificar si el empleador cumple con sus obligaciones laborales; siendo



así, en la legislación mexicana a diferencia de la nuestra, se establece taxativamente, que únicamente en el supuesto de que el trabajador al término del período de prueba no logre acreditar la satisfacción de los requisitos y conocimientos necesarios para el desempeño de las labores para que se le contrato, a criterio del empleador y teniendo en cuenta la opinión de la Comisión Mixta de Productividad, Capacitación y Adiestramiento, así como la naturaleza del puesto, dará por terminada la relación laboral sin responsabilidad alguna; es decir existe un procedimiento previsto que el empleador tiene que seguir para la extinción de la relación laboral durante el período de prueba, así como una causal específica que habilita al empleador proceder a dar fin la relación laboral durante dicho período; lo cual demuestra la intención de la legislación mexicana en brindar protección a los trabajadores durante dicha etapa, en la cual la estabilidad laboral es precaria, supeditando la extinción de la relación laboral a una causal determinada por la Ley.

Por otro lado, se verifica que la legislación mexicana, a diferencia de la nuestra brinda una protección especial a la seguridad social de los trabajadores, a tal punto que establece en su normatividad que el período de prueba es improrrogable; siendo así, el empleador no podría aplicar al mismo trabajador en forma simultanea diversos períodos de prueba, ni aunque se trate de puestos de trabajo distintos, o de ascensos, ni aun cuando después de que se haya concluido la relación laboral surja una nueva con el mismo empleador.

- **Colombia.-** En éste país, el período de prueba se encuentra normado en los artículos 76, 77, 78, 79 y 80 del Código Sustantivo del Trabajo, en los cuales, se establece que el período de prueba es la etapa inicial del contrato de trabajo, el cual tiene por objeto, por parte del empleador apreciar las aptitudes del trabajador, y por parte de éste, la conveniencia de las condiciones del trabajo; así también se estipula que dicho período debe constar por escrito, caso contrario los servicios se entienden regulados por las normas generales del contrato de trabajo; y que en los contratos de trabajo de los servidores

domésticos se presume, que el período de prueba es por los primeros quince (15) días de servicio.

De la misma manera, se establece que el período de prueba no puede exceder de dos (02) meses; en el caso de contratos de trabajo a plazo fijo cuya duración sea inferior a un (01) año, el período de prueba no podrá ser superior a la quinta parte (1/5) del término inicialmente pactado para el respectivo contrato, sin que ello exceda el plazo de dos (02) meses; y en los casos en que entre un mismo empleador y trabajador se celebren contratos de trabajo sucesivos, sólo es válido la estipulación del período de prueba para el primer contrato.

Asimismo, en los artículos precedentemente indicados, se señala que cuando el período de prueba se pacta por un plazo menor al de los límites máximos expresados en el párrafo anterior, las partes pueden prorrogarlo antes de vencerse el período inicialmente convenido, sin que el tiempo total de la prueba exceda dichos límites. Finalmente, se estipula también que durante el período de prueba puede darse por terminado unilateralmente en cualquier momento la relación laboral, sin que medie previo aviso.

Sobre el particular, la legislación colombiana así como la española, prevén dentro de su normatividad que el período de prueba debe constar por escrito, puesto que de no ser así, se entendería que el empleador decidió renunciar a dicho período, a diferencia de nuestra legislación, en la cual se establece que únicamente la prórroga del período de prueba debe constar por escrito.

Por otro lado, otra distinción resaltante entre la legislación colombiana y la nuestra, es que el tiempo de duración del período de prueba es menor que en el nuestro, y esto, como se había hecho mención en líneas precedentes, se debe a que únicamente en dicha legislación se prevé como tiempo de duración, únicamente lo necesario para que el trabajador demuestre sus capacidades, y que sea óptimo para el puesto de trabajo contratado.

- **Costa Rica.-** En éste país, el período de prueba como etapa inicial del contrato de trabajo, no se encuentra regulado de manera exhaustiva y tenue, como en los ordenamientos jurídicos antes descritos; es decir, no hay un articulado en específico del Código de Trabajo que regule de manera concreta dicha figura jurídica. Sin embargo, de lo normado en los artículos 28 y 29 del código antes indicado, se infiere, que el período de prueba tiene una duración de tres (03) meses; respecto a ésta legislación sólo se puede indicar que el tiempo de duración es el mismo que se aplica en nuestra normatividad.

## **CAPITULO II: LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL POR VOLUNTAD UNILATERAL DEL EMPLEADOR**

### **I. Introducción**

El contrato de trabajo, al constituir un acto bilateral, que contiene la manifestación de las voluntades del trabajador y del empleador, en ese sentido, la extinción de la relación laboral, constituye la manifestación de la voluntad de una de ellas o ambas de no querer continuar con dicha relación, como también, puede darse el caso, que la referida extinción se produzca por un hecho ajeno a la voluntad de las partes.

Siendo así, el artículo 16 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, señala expresamente cuáles son las causas válidas para que se produzca la extinción del contrato de trabajo, entre las cuáles se encuentran: La renuncia o retiro voluntario del trabajador, la jubilación, el despido individual por causa justa, el despido colectivo por causa objetiva, el mutuo disenso, el vencimiento de plazo, la conclusión de la obra o el servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria, la invalidez absoluta permanente del trabajador, y, el fallecimiento del trabajador y empleador (persona natural).

En efecto, en éste acápite se procederá únicamente a desarrollar todos los aspectos que engloba el término de la relación laboral por decisión unilateral del empleador, que no es más que la manifestación de su poder sancionador, en esta línea de ideas, el despido causal (fundado en una

causa justa), constituye una forma válida de extinguir el contrato de trabajo; sin embargo, contrariamente a ello, nuestra legislación y nuestro Tribunal Constitucional han dado pie al desarrollo de la configuración y distintas formas de protección frente a despidos que ponen fin a la relación laboral de manera ilegal y/o inconstitucional, desprovista de cualquier tipo de aceptación por nuestro ordenamiento jurídico, que demuestran un uso inadecuado e irracional del poder sancionador del empleador, entre los susodichos despidos patológicos, encontramos al despido arbitrario, nulo, fraudulento e incausado.

## II. El Despido Individual por Causa Justa

### 2.1. Definición

El despido causal como una extinción válida del contrato de trabajo, fundada exclusivamente en la voluntad unilateral del empleador, según Montoya Melgar citado por Carlos Blancas Bustamante, debe presentar los siguientes caracteres: i) acto unilateral del empleador, para cuya eficacia, la voluntad del trabajador es innecesaria e irrelevante; ii) acto constitutivo, por cuanto el empleador no se limita a proponer el despido, sino que él lo realiza directamente; iii) acto recepticio, por cuanto su eficacia depende de que la voluntad extintiva del empleador sea conocida por el trabajador; y iv) acto extintivo, toda vez que el despido produce efectos desde que el trabajador es comunicado de la decisión resolutoria, por tal motivo su aceptación no es necesaria (Blancas Bustamante, 2013).

En efecto, no sólo nuestro ordenamiento jurídico, sino también el conglomerado de normas de otros países, han otorgado de forma unánime a la extinción de la relación laboral por decisión unilateral del empleador, la denominación de despido; siendo así, Manuel Alonso Olea y María Emilia Casas Baamonde señala que “el despido disciplinario puede ser definido como la resolución unilateral del contrato de trabajo por decisión del empresario fundada en un incumplimiento previo del trabajador” (Alonso Olea & Casas Baamonde, 2001). Siguiendo este orden de ideas, es prudente señalar

que la palabra despido engloba dos significados, uno en sentido amplio, y otro en sentido restringido; respecto al primero, se entiende que el despido es toda forma de terminación del contrato de trabajo imputable al empleador, y en cuanto al segundo, se entiende que el despido es toda aquella terminación de la relación laboral por la voluntad unilateral del empleador debido a la comisión de una falta grave por parte del trabajador.

Sobre el particular, nuestro ordenamiento jurídico, únicamente reconoce como legal al despido causal, el que se sustenta en una causa justa vinculada a la capacidad o conducta del trabajador, conforme lo estipula el artículo 22 del Decreto Supremo No. 003-97-TR; esto es concordante con lo previsto en el artículo 4 del Convenio No. 158 de la OIT – Sobre Terminación de la Relación de Trabajo (1982), donde indica que no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta, o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, aunque es oportuno precisar que el referido convenio no se encuentra ratificado por nuestro país.

En ese sentido, la causalidad del despido, constituye una limitación al poder sancionador que ejerce el empleador en la relación laboral, entendido éste, como la facultad que tiene el empresario de sancionar disciplinariamente al trabajador en caso de que éste incurra en un incumplimiento de las obligaciones y/o deberes que nacen del contrato de trabajo; es decir, la referida causalidad del despido, constituye un mecanismo de protección del trabajador, ante la posibilidad de que ésta sea ejercida en forma arbitraria; en consecuencia, la causa justa, es el elemento legitimador del despido; es decir, el supuesto que habilita al empleador proceder a despedir al trabajador, contrario sensus, ante la ausencia de la reiteradamente mencionada causa justa, el despido devendría en un acto ilegítimo.

## 2.2. Despido por Causa Justa Vinculada a la Capacidad del Trabajador

Al respecto, el artículo 23 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, prevé los tres supuestos, bajo los cuáles, el empleador puede proceder a despedir al trabajador por una causa justa vinculada a su capacidad; los referidos supuestos consisten en:

- **Deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas:** Éste supuesto está constituido por la pérdida o disminución significativa de las aptitudes físicas, intelectuales, mentales o sensoriales del trabajador, sobrevenidas; es decir, posterior al inicio de la relación laboral, deficiencias que deben estar debidamente certificadas por el Instituto Peruano de Seguridad Social, el Ministerio de Salud o la Junta Médica designada por el Colegio Médico del Perú, conforme lo estipula el artículo 33 del Decreto Supremo No. 001-96-TR, siendo esto así, la acreditación que debe realizar el empleador sobre las deficiencias antes indicadas, que exclusivamente deben ser realizadas por las autoridades sanitarias antes citadas, constituye ello una condición sine qua non para la validez del despido bajo este supuesto.

De la misma manera, el menoscabo de las facultades del trabajador tiene que ser de tal magnitud que impida el desempeño en sus tareas; es decir, debe existir una relación directa y evidente entre la pérdida de capacidad y los requerimientos que se exigen para el cargo o función que desempeña el trabajador. Asimismo, la norma exige, que la pérdida de capacidad subsista luego que el empleador realice los ajustes razonables necesarios en el puesto de trabajo para el desarrollo idóneo del trabajador.

Finalmente, la norma también exige, que la pérdida de la capacidad subsista luego que el empleador haya efectuado los ajustes razonables en el puesto de trabajo; y que la empresa no cuente con una plaza vacante, en el cual el trabajador pueda desempeñarse sin poner en riesgo su seguridad y salud o la de terceros.

- **El rendimiento deficiente:** Al respecto, la norma exige que el rendimiento deficiente esté relacionado con la capacidad del trabajador, y con el rendimiento promedio en las labores y bajo condiciones similares; siendo esto así, el empleador para acreditar dicha situación puede solicitar el concurso de los servicios de la Autoridad Administrativa de Trabajo y del Sector a que pertenezca la empresa, conforme lo indica el artículo 34 del Decreto Supremo No. 001-96-TR.

En efecto, el rendimiento deficiente debe ser constante, permanente y continuo para que impida la subsistencia de la relación laboral; siendo así, el tiempo es un factor esencial para determinar la existencia del rendimiento insuficiente, por tanto, aquel que es pasajero o circunstancial no constituirá causa suficiente para que el empleador proceda a despedir al trabajador bajo este supuesto; toda vez que el trabajador no es una máquina humana, y por ello mismo su rendimiento difícilmente será parejo; puesto que éste por ser humano, existirán factores anímicos o psicológicos que en ciertos tiempos o épocas alteren su rendimiento en el trabajo.

Finalmente, es prudente manifestar, que el empleador no podrá sustentar el despido del trabajador bajo este supuesto en el caso que se considere que el rendimiento del trabajador es deficiente, cuando el mismo se genera por una falta de actualización en sus conocimientos y aptitudes para la labor que realiza o por sus dificultades en operar con una nueva tecnología aplicada a su actividad.

- **La negativa injustificada del trabajador a someterse a exámenes médicos o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas:** En cuanto a éste supuesto, la norma requiere que la exigencia al trabajador para que se someta a los exámenes médicos pertinentes debe estar previamente convenido por las partes o debe encontrarse normado por la ley, así también,

dichas evaluaciones médicas deben ser determinantes para la relación laboral; es decir, deben tener su sustento en la naturaleza de la labor realizada por el trabajador, y que la negativa manifestada por éste sea injustificada.

Asimismo, la norma también señala que otra situación que comprende éste supuesto, consiste en la oposición injustificada del trabajador a cumplir las medidas de índole higiénica o curativas prescritas por el médico, a fin de evitar enfermedades o accidentes.

### **2.3. Despido por Causa Justa Vinculada a la Conducta del Trabajador**

Sobre el particular, el Decreto Supremo No. 003-97-TR, en su artículo 24 señala los tres supuestos, bajo los cuales el empleador puede despedir a un trabajador, alegando causa justa relacionada a su conducta, entre los referidos supuestos tenemos:

- **Comisión de falta grave:** El despido individual por falta grave, también conocido con el nombre de despido disciplinario, es una manifestación del poder sancionador o disciplinario, que nuestro ordenamiento jurídico le atribuye al empleador como uno de los poderes conformantes del elemento distintivo del contrato de trabajo (subordinación o dependencia jurídica). Sin embargo, esta facultad no debe ser ejercida de manera irrestricta, es por eso, que el Decreto Supremo No. 003-97-TR en su artículo 25, tipifica que supuestos son considerados faltas graves, y bajo los cuales únicamente el empleador puede despedir al trabajador por dicha modalidad.

En efecto, por falta grave, se entiende que es aquel acto u omisión imputable al trabajador que tiene como fin infringir cualquiera de los deberes esenciales (deber de diligencia, obediencia, rendimiento, fidelidad, honradez, entre otros) que nacen del contrato de trabajo, el cual debe estar revestido de tal gravedad que haga imposible la subsistencia de la relación laboral; siendo así, para que se configure la falta grave, esta debe provenir de una actividad



personal cometida directamente por el trabajador y tendrá que ser de tal envergadura que haga irrazonable la subsistencia de la relación contractual laboral existente ente el empleador y trabajador.

Ahora bien, para un mejor entendimiento sobre la definición de falta grave acogida por nuestro ordenamiento jurídico, es pertinente desarrollar brevemente las distintas orientaciones que versan sobre este tema, para ello tendremos en cuenta la clasificación sistemática realizada por el jurista Carlos Blancas Bustamante (Blancas Bustamante, 2013):

- ✓ Sistema de enunciado genérico.- Las legislaciones que siguen esta orientación se limitan a formular una definición genérica de falta grave, sin enumerar las conductas que pueden merecer dicha calificación, pues será la jurisprudencia que en cada caso particular determinarán cuales constituyen falta grave. Dentro de ésta orientación se encuentran por ejemplo las legislaciones italiana, francesa, uruguaya, argentina, austriaca, griega y sueca.
- ✓ Sistema enumerativo.- Sobre el particular, las legislaciones que siguen esta orientación, dentro de su ordenamiento jurídico tipifican cuáles serían los hechos que califican como falta grave, por lo que someten la potestad sancionadora del empleador a los principios de legalidad y tipicidad. Ahora bien, las legislaciones que recurren a la enumeración tipificadora de las faltas graves, se encuentra dos variantes: a) Enumeración ejemplificativa, en la que si bien se tipifica las faltas graves más importantes o frecuentes, deja abierta la posibilidad de que el arbitrio judicial pueda calificar como tales a hechos que no se encuentren expresamente indicados en dicha relación, a manera de ejemplo, tenemos a la legislación mexicana y venezolana; b) Enumeración taxativa, en esta variante, la tipificación es definitiva, es decir no admite la calificación de falta grave a un hecho que no se encuentre tipificado como tal dentro del

ordenamiento jurídico (*numerus clausus*), sobre la referida vertiente, las legislaciones que la siguen, por ejemplo son la española, brasileña, chilena, paraguaya, portuguesa y rusa.

En consecuencia, a criterio del doctrinario Carlos Blancas Bustamante, al cual me adhiero, después de un minucioso análisis del primer párrafo del artículo 25 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, nuestra legislación se encuentra inmersa dentro del sistema enumerativo, pero apuntando a la variante ejemplificativa, dejando de lado la variante taxativa, la cual fue acogida en las legislaciones anteriores.

- **La condena penal por delito doloso:** Sobre el particular, la causa del despido yace en la condena del trabajador por la comisión de un delito doloso, aunque no se produzca la privación efectiva de su libertad, toda vez, que lo que se sanciona es el hecho mismo de la condena por el delito doloso cometido, puesto que quien la comete es un delincuente, cuya permanencia en la empresa es obviamente insostenible.
  
- **La inhabilitación del trabajador:** Al respecto, éste supuesto habilitante del empleador para que proceda a despedir al trabajador, se configura cuando se le impone al mismo la sanción de inhabilitación para el desempeño de su actividad, profesión u oficio, por una duración igual o mayor a tres (03) meses; he ahí donde radica la diferencia con el supuesto indicado en el inciso j) del artículo 12 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, el cual constituye una causal de suspensión del contrato de trabajo.

#### **2.4. Procedimiento para el Despido**

Uno de los rasgos característicos de todo régimen de protección contra el despido reside en la exigencia de que la realización de éste se sujeta a un determinado procedimiento, la cual tiene por finalidad salvaguardar los derechos fundamentales y la dignidad del trabajador, así como garantizar su derecho de defensa.

Nuestro ordenamiento jurídico, conforme a lo esbozado precedentemente ha establecido que el empleador únicamente podrá despedir al trabajador por causa relacionada con su conducta o capacidad, siempre y cuando previamente le haya concedido un plazo razonable para su defensa frente a las acusaciones que se le imputan, o para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia.

En efecto, conforme lo indica el jurista Carlos Blancas Bustamante, el procedimiento establecido en el artículo 31 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, tiene como fundamento directo el artículo 7 del Convenio 158 de la OIT – Sobre Terminación de la Relación de Trabajo (1982), apartado normativo que señala:

No deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad. (Blancas Bustamante, 2013)

Siendo así, el procedimiento para el despido establecido en nuestro ordenamiento jurídico implica las siguientes aristas: i) sólo procede el despido por causa relacionada a la conducta o capacidad del trabajador; ii) la imputación de la causa de despido debe ser comunicada al trabajador por escrito, cuando la causa del despido esté vinculada con la conducta del trabajador, el empleador deberá otorgarle un plazo no menor de seis (06) días naturales para que efectúe sus descargos, y cuando la causa del despido esté vinculada con la capacidad del trabajador, el empleador deberá otorgarle un plazo no menor de treinta (30) días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia; iii) el empleador después de comunicar al trabajador en la carta de despido la imputación de la causa, no podrá invocar causa distinta de la imputada; sin embargo, si iniciado el trámite previo al despido, el empleador toma conocimiento de alguna otra falta grave en la que incurriera el trabajador, y que no fuera materia de imputación, podrá reiniciar el trámite de despido,

cabe precisar que el reinicio del proceso de despido, solo sirve para que el empleador impute una nueva falta, mas no para que incluya nuevos hechos; iv) durante el desarrollo del procedimiento del despido, el empleador se encuentra facultado mas no obligado de exonerar al trabajador de su obligación de asistir a prestar sus servicios al centro de trabajo, el mismo que constara por escrito y que generalmente consta en la carta de pre-aviso de despido, sin que ello afecte su derecho de defensa, ni la percepción de sus derechos laborales; v) en caso de falta grave flagrante, el empleador se encuentra posibilitado de omitir el procedimiento establecido para el despido, siempre y cuando dicha posibilidad no resulte razonable; vi) la comunicación por escrito al trabajador, debe indicar de forma precisa la imputación de la causa y la fecha del cese, en caso de que el trabajador se negare a su recepción, dicha comunicación debe ser remitida por intermedio de notario, de juez de paz, o de la policía a falta de aquellos, asimismo la referida comunicación resulta válida cuando se notifica al último domicilio del trabajador registrado en su centro de trabajo, aunque al momento de su entrega éste no se encuentre ahí, cabe precisar, que el empleador está facultado de remitir la carta de imputación de la causa del despido en el mismo centro de trabajo.

De la misma manera, existen cuatro requisitos de fondo para que se constituya válidamente el acto del despido; el primero de ellos consiste en el requisito de tipicidad, bajo el cual, el empleador únicamente puede proceder a despedir al trabajador por una causal establecida en la Ley; el segundo requisito de fondo consiste en la proporcionalidad, que no es más que la atribución correcta de connotación “grave” a la conducta infractora del trabajador, que hace justificable su despido; el tercer requisito de fondo consiste en la oportunidad, que no es más que una expresión del principio de inmediatez, y según el cual, el momento en que se produce el despido debe guardar relación inmediata con aquel en el cual el empleador conoció o comprobó la existencia de la falta cometida por el trabajador; finalmente, el último requisito de fondo consiste en el non bis in ídem, premisa bajo la cual,

no puede sancionarse nuevamente al trabajador por la misma falta que motivó una sanción anterior, es decir, una misma falta no puede ser objeto de doble sanación.

Por último, es pertinente precisar que todas las aristas que engloba el procedimiento para el despido, se encuentran reguladas en los artículos 31 y 32 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, así como en los artículos 41, 42, 43 y 44 del Decreto Supremo No. 001-96-TR.

### **III. Despidos Ilegales**

Al respecto, es oportuno señalar que la calificación de “despidos ilegales” ha sido considerada, a razón de la clasificación del despido realizada por Sara Campos Torres y Gustavo Quispe Chávez en su libro “Inicio y término de la relación laboral. Manual operativo del Contador No. 5”, publicado en la editorial Gaceta Jurídica, la cual ha sido recogida por Luis Valderrama Valderrama y Fiorella Tovalino Castro en el cuadro No. 01, página 26 de su libro “Despido arbitrario. Nuevos criterios jurisprudenciales sobre su calificación”.

#### **3.1. Despido Arbitrario**

Sobre el particular, el despido arbitrario se encuentra regulado en el artículo 34 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, siendo así, los supuestos de configuración son: i) cuando el empleador no expresa la causa justa de despido; ii) cuando no se cumple con las formalidades establecidas para el despido (procedimiento); y iii) cuando el empleador imputa causa justa, pero judicialmente se demuestra que ésta no existe, o no era de tal magnitud que permitiría la configuración de falta grave.

Siendo así, ante un despido arbitrario, nuestro ordenamiento jurídico ha establecido que la única manera en que el empleador puede reparar el daño causado al trabajador, es a través del pago de una indemnización; es decir para este despido se contempla la tutela resarcitoria, excluyendo de plano la figura de reposición o readmisión del trabajador.

Al respecto, la indemnización por despido arbitrario es concebida en la doctrina como la sanción que se impone al empleador por la ruptura abusiva e ilegal de la relación de trabajo. Siguiendo este orden de ideas, en nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en el artículo 38 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, se ha establecido que en el caso de un contrato de trabajo a plazo indeterminado, la indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones; asimismo, en caso de un contrato de trabajo a plazo determinado, la indemnización por despido arbitrario equivale a una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con un límite de doce (12) remuneraciones, conforme lo prevé el artículo 76 del Decreto Supremo No. 003-97-TR.

Ahora bien, es oportuno manifestar, que la indemnización por despido arbitrario debe ser abonada al trabajador dentro de los cuarenta y ocho (48) horas de producido el cese, puesto de no ser así, se devengará los intereses legales correspondientes. Asimismo, el plazo que tiene el trabajador para accionar judicialmente su pretensión de indemnización por despido arbitrario es de treinta (30) días hábiles, al término del cual, caduca su derecho.

En efecto, sin contradecir lo antes dicho, el empleador goza con el derecho de despedir al trabajador, siempre y cuando alegue causa justa debidamente comprobada y tipificada en la Ley, por tanto, no goza con el derecho de despedir de manera arbitraria; siendo así, mientras que en el primer caso, se está frente un ejercicio regular del derecho de despedir, en el segundo, se está frente a un ejercicio irregular del mismo; razón por la cual, el despido arbitrario implicará siempre un ejercicio abusivo del derecho a extinguir unilateralmente el contrato de trabajo.

En otras palabras, el despido arbitrario constituye un acto abusivo que nuestro ordenamiento jurídico admite, aun cuando en el artículo 103°

de nuestra Constitución Política, se enfatiza que nuestra carta magna rechaza totalmente el abuso de derecho; toda vez que la tutela que opera frente a este tipo de despido ilegal es la resarcitoria (indemnización), esto a consecuencia de la etapa de flexibilización laboral por la cual paso nuestro país, lo cual se encuentra reflejado en el artículo 27 de nuestra Constitución Política.

Sin menoscabo de lo antes dicho, conforme se ha indicado en los considerandos décimo tercero (13), décimo cuarto (14) y décimo quinto (15) de la sentencia recaída en el Expediente No. 976-2001-AA/TC (caso Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A.); nuestro Tribunal Constitucional indica que el derecho reconocido en el artículo 27 de la Constitución Política, se puede atender desde dos perspectivas; es decir el régimen de protección contra el despido arbitrario abarca dos planos: a) Sustantivo, que implica una protección preventiva, puesto que el legislador busca evitar o impedir que se produzca el despido arbitrario, indicando que únicamente por causa justa se habilita al empleador a despedir al trabajador, y una protección reparadora, en el sentido que el legislador estableció el pago de una indemnización en caso se produzca el despido arbitrario; b) Procesal, por medio del cual se establece una protección jurisdiccional, que puede ser simultáneo al régimen de protección sustantivo, y abarca dos modelos: Acción indemnizatoria (eficacia resarcitoria), asociada al régimen de protección sustantiva reparadora y se interpone vía ordinaria laboral, y la acción de amparo (eficacia restitutoria), que busca reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de un derecho constitucional (Valderrama Valderrama & Tovalino Castro, 2014).

### **3.2. Despido Incausado**

El despido incausado aparece en virtud de la sentencia recaída en el Expediente No. 1124-2001-AA/TC (caso FETRATEL contra Telefónica del Perú), y con el fin de cautelar la vigencia plena del artículo 22 de la Constitución Política, puesto establece que el contenido esencial del derecho al trabajo abarca dos aspectos: el derecho de acceder a un

puesto de trabajo, y el derecho a no ser despedido sino por causa justa; por lo que el mencionado Colegiado señala que el despido ad nutum es incompatible con nuestra Constitución Política, por lo que concluye en que: i) vacía de contenido el derecho al trabajo, al habilitar el despido arbitrario (contemplado en el artículo 34 del Decreto Supremo No. 003-97-TR), ii) evidencia más aún la disparidad existente entre trabajador y empleador, y iii) la restitución es la forma de protección adecuada ante un acto nulo (inconstitucional), sin menoscabar la autonomía que tiene el trabajador de por decisión propia sustituirla por la indemnización.

En efecto, conforme a quedado claro el despido incausado es una creación jurisprudencial realizada por nuestro máximo organismo supremo interprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional, según el cual, el referido despido inconstitucional se produce cuando el empleador procede a despedir al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique.

En consecuencia, la doctrina y jurisprudencia ha sido enfática en señalar que esta tipología de despido ilegal, constituye un supuesto de derecho lesivo de derechos fundamentales; puesto que transgrede directamente el derecho al trabajo, específicamente el segundo aspecto de dicho derecho, consistente en el derecho que tiene el trabajador a no ser despedido sino por causa justa; razón por la cual, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que por ser un despido lesivo de derecho fundamental, la reparación a operar es la consistente en la reposición o reincorporación del trabajador a su centro de labores; es decir la tutela restitutoria.

Asimismo, sin ánimo de menoscabar lo antes dicho, diversas sentencias han establecido que también constituye despido incausado cuando se configuran los siguientes supuestos de hecho: i) por la terminación de un contrato de trabajo a plazo determinado desnaturalizado, ii) por la terminación de un contrato de locación de



servicios desnaturalizado y iii) por la desnaturalización del convenio de prácticas profesionales.

### **3.3. Despido Fraudulento**

El despido fraudulento de la misma forma que sucede con el despido incausado, es una creación jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional, el cual indicó que se produce esta tipología de despido ilegal, cuando el empleador procede a despedir al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales, aun cuando se cumpla con la imputación de una causal y el procedimiento establecido para el despido, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios; o, también, cuando se le atribuye al trabajador una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, o por último cuando se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad o mediante fabricación de pruebas, definición que ha sido desarrollada en la sentencia recaída en el Expediente No. 976-2001-AA/TC (caso Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A.).

En efecto, el despido fraudulento constituye también un tipo de despido lesivo de derechos fundamentales del trabajador, puesto que su inconstitucionalidad radica en la vulneración del derecho al trabajo, toda vez que no existe causa justa de despido. Asimismo, el jurista Elmer Arce Ortiz manifiesta que precisamente el fraude a la ley, es la característica esencial de esta modalidad de despido, puesto que consiste en pretender o aparentar que existe una causa justa, un motivo legalmente tipificado que justifica el despido del trabajador, cuando realmente no existe, por tanto, al no existir dicha causa, este despido es igualmente incausado, y por ello lesivo del derecho al trabajo (Arce Ortiz, 2002)

En consecuencia, nuestro Tribunal Constitucional ha indicado que por ser éste despido uno lesivo de derechos fundamentales, la reparación

a operar es la consistente en la reposición o reincorporación del trabajador a su centro de labores, es decir la tutela restitutoria.

### **3.4. Despido Nulo**

Sobre el particular, el artículo 29 del Decreto Supremo No. 003-97-TR establece expresamente los supuestos bajo los cuales un despido sería catalogado nulo, siendo así, dicho apartado normativo reconoce el fundamento constitucional de dichos supuestos, la misma que radica en la necesidad de proteger entre otros, derechos tales como los previstos en el inciso 2 del artículo 2 (el derecho a no ser discriminado), inciso 1 del artículo 26 (derecho a la igualdad de oportunidades sin discriminación), inciso 1 del artículo 28 (derecho a la libertad sindical), e inciso 3 del artículo 139 (derecho a la tutela jurisdiccional) de nuestra Constitución Política.

En este orden de ideas, el despido nulo constituye una tipología de despido ilegal previsto en nuestro ordenamiento jurídico que vulnera derechos fundamentales, motivo por el cual, la protección que se le otorga al trabajador es la más amplia, la cual consiste en la tutela restitutoria; es decir la efectiva y real reposición del trabajador al centro de trabajo.

En este contexto, el trabajador cuenta con el plazo de treinta (30) días hábiles para que accione judicialmente su pedido de reposición por despido nulo, ya que al término de dicho plazo caduca su derecho. Por tanto, el mandato de reposición obliga al empleador a reincorporar al trabajador al centro de trabajo, pero no necesariamente en el mismo puesto o cargo que tenía al ser despedido, puesto que de no ser esto posible, se le reincorpora en otro cargo de igual o similar jerarquía, pero sin que ello implique una afectación a su nivel remunerativo y categoría anterior.

Asimismo, una de las consecuencias jurídica del mandato judicial de reposición, constituye en la obligación que tiene el empleador de cancelar al trabajador sus remuneraciones devengadas; es decir el

pago de las remuneraciones dejadas de percibir por el tiempo que duro el despido, en esta arista también se incluye a los beneficios sociales devengados.

De la misma manera, otra consecuencia jurídica del mandato judicial de reposición, consiste en el reconocimiento del tiempo de servicios y los depósitos correspondientes de la compensación por tiempo de servicios por el período dejado de laborar a causa del despido declarado nulo; lo manifestado no opera para el cómputo del record vacacional, por cuanto su remuneración vacacional trunca es cancelada una vez se reincorpore a su centro de trabajo.

Ahora bien, es oportuno manifestar que en ejecución de sentencia, a decisión del trabajador, éste se encuentra facultado de variar su pretensión de reposición a la de indemnización, esto como materialización de la norma dispositiva. Por consiguiente, el plazo que tiene el empleador para cumplir con el mandato judicial de reposición, es de veinticuatro (24) horas de notificado la resolución que ordena el referido mandato judicial, bajo apercibimiento de multa, cuyo monto se incrementará sucesivamente en un treinta (30) % del monto original de la multa a cada nuevo requerimiento judicial hasta su efectivo cumplimiento; sin embargo, el Juez ante la renuencia del empleador, puede ordenar la apertura del proceso penal por delito de desobediencia.

Ahora bien, conforme ha quedado claro, el despido nulo lesiona derechos fundamentales del trabajador, los mismos que al ser inherente a la persona y en respaldo del principio-derecho de dignidad, ninguna relación laboral debe menoscabar estos derechos constitucionales. Al respecto, el artículo 29 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, señala expresamente los supuestos de hechos que califican como despido nulo, por lo que, teniendo en cuenta el tema de investigación a desarrollar, se procederá únicamente a desarrollar dos (02) de dichas causales:

- La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole.- Se encuentra estipulado en el inciso d) del apartado normativo antes citado, que no es más que, la manifestación del derecho de igualdad y el mandato de proscripción de la discriminación, contemplado en el inciso 2 del artículo 2 de nuestra Constitución Política. Siguiendo este orden de ideas, el derecho de igualdad implica dar un trato igualitario a todos aquellos que se encuentra en una similar situación, es decir, como dice la frase coloquial: “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”, por lo que nuestro ordenamiento jurídico sí admite el trato diferenciado, siempre y cuando se funde en una causa objetiva y razonable, lo que proscribire es la discriminación, que no es más que, el trato diferenciado basado en un motivo prohibido, lo cual en materia laboral, específicamente en la extinción de la relación de trabajo, deviene en un despido nulo (acto inconstitucional).
  
- El estado de embarazo.- Se encuentra estipulado en el inciso e) del apartado normativo mencionado en líneas anteriores. Al respecto, en el primer párrafo del artículo 23 de nuestra Constitución Política, se indica que el Estado debe proteger especialmente a la madre, motivo por el cual, una de esas formas de protección especial hacia ella se encuentra contemplado en ésta causal de despido nulo, la misma que abarca cualquier momento del período de gestación y los noventa (90) días posteriores al parto, período en el cual, si se produce el despido, el mismo se presumirá que tiene por motivo el embarazo, es decir contempla una presunción legal relativa, ya que admite el supuesto en que el empleador demuestre que el despido se propino por una causal distinta al embarazo; sin embargo, dicha presunción legal no aplica de manera automática, ya que nuestra legislación establece que operará si el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previo al despido, sobre este tema, nuestra jurisprudencia ha precisado que la omisión de informar al empleador el estado de embarazo no impide calificar el despido como nulo cuando dicho estado era

evidente, sobre el particular, mi opinión en particular es que teniendo en cuenta, que la finalidad de dicho requisito es que el empleador tome conocimiento de la situación de gestación de la trabajadora, si dicha finalidad se logra por otros medios idóneos, entonces pese a no mediar comunicación escrita, y si se comprueba judicialmente que el empleador tuvo conocimiento del embarazo previo al despido, entonces la presunción legal contemplado en el apartado normativo en mención aplicaría, más aún, si dicho proceder estaría en concordancia con la protección especial que versa sobre la madre como mandato constitucional.

### **CAPITULO III: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

#### **I. Derechos Humanos y Derechos Fundamentales**

Sobre el particular, si bien en nuestra sociedad contemporánea existe un consenso en reconocer que el ser humano posee una gama de derechos; sin embargo, existe una gran dificultad al momento de delimitar el contenido de estos derechos que conllevan a su definición, tal es así, que a lo largo de la historia y dependiendo de las escuelas filosóficas y jurídicas, se les ha llamado derechos naturales, derechos morales, derechos innatos, derechos individuales, derechos fundamentales, entre otras denominaciones.

Sin embargo, optar por una u otra denominación implica previamente decidirse por una fundamentación y concepción de los Derechos Humanos, lo cual también ha sido materia de discrepancias dentro de la doctrina. En efecto, son muchas las teorías que tratan de explicar el fundamento de los derechos humanos, pero para los estudiosos Fabián Novak y Sandra Namihás, son cuatro las principales posturas que la doctrina distingue: i) fundamentación positivista, según la cual los derechos humanos son constituidos como tales por la ley; ii) fundamentación iusnaturalista, según la cual consideran a los derechos humanos como derechos naturales; iii) fundamentación histórica, según la cual se considera que los derechos humanos son el producto de una evolución histórica; y iv) fundamentación ética, según la cual consideran que los

derechos humanos son exigencias morales; sin embargo, los autores antes citados manifiestan que para ellos, el fundamento de los derechos humanos radica en el concepto mismo de la dignidad humana (Novak Talavera & Namihás Pacheco, 1996), concepción que dentro de nuestro ordenamiento jurídico tiene sustento en el artículo 1 de nuestra Constitución Política, donde se indica, que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; asimismo, porque no es posible hablar de un ser humano sin dignidad, por tanto los derechos humanos deben existir y ser reconocidos, ya que es la única manera para garantizar al individuo una vida digna, y por ende su reconocimiento como ser humano.

En ese sentido, existe unanimidad en la doctrina en señalar que la dignidad humana implica cuatro valores esenciales, los cuáles son: i) seguridad, puesto que fundamenta los derechos personales y de seguridad individual y jurídica; ii) libertad, toda vez que fundamenta los derechos civico-políticos; iii) igualdad, ya que fundamenta los derechos económicos-sociales y culturales; y iv) solidaridad, debido a que fundamenta los derechos humanos de tercera generación; es decir el principio-derecho de dignidad es el punto de partida de los derechos humanos.

Asimismo, los derechos humanos cuentan con las siguientes características: i) universal, puesto que los derechos humanos se aplican a todos los seres humanos sin importar la edad, género, raza, religión, ideas, nacionalidad, ya que cada persona tiene la misma dignidad y nadie puede estar excluido del disfrute de sus derechos; ii) inalienabilidad, toda vez que la dignidad no puede ser vendida ni cedida; iii) interdependencia y complementariedad, ya que los derechos humanos están relacionados entre sí, es decir, no se debe hacer ninguna separación, ni pensar que unos son más importantes que otros; iv) irreversibles y progresivos, puesto que la consagración de nuevos derechos no excluye ni desestima la vigencia de los derechos antes consagrados, y la existencia de los viejos derechos no impide que las nuevas condiciones sociales vividas por los pueblos determinen la vigencia de otros derechos; v) indivisibles, ya que los derechos humanos no pueden dividirse, puesto que todos deben ser

respetados y garantizados por las autoridades; e vi) inviolables, toda vez que nadie puede atentar, lesionar o destruir los derechos humanos, esto quiere decir que las personas deben regirse por el respeto a los derechos humanos, razón por la cual, las leyes dictadas no pueden ser contrarias a éstos.

Ahora bien, una vez descrito los fundamentos y características de los derechos humanos, pasamos a definir dicha expresión; al respecto, el doctrinario Humberto Nogueira Alcalá señala que:

El concepto de derechos humanos, en el contexto contemporáneo, se reserva generalmente para denominar a los derechos de la persona, reconocidos y garantizados por el derecho internacional, sea éste consuetudinario o convencional, por lo que muchas veces dicho concepto se extiende a los derechos constitucionales. (Nogueira Alcalá, 2003)

En este orden de ideas, se observa que para dicho autor el concepto aplicable para los derechos humanos también puede extenderse para los derechos constitucionales; es decir derechos humanos y derechos constitucionales vendrían a tener la misma definición; sin embargo, los doctrinarios Marcial Rubio Correa, Francisco Eguiguren Praeli y Enrique Bernales Ballesteros, señalan que si bien es frecuente el uso indistinto de las expresiones derechos humanos, derechos fundamentales y derechos constitucionales, es necesario establecer algunas precisiones terminológicas; en ese sentido, indican que la expresión derechos humanos estaría reservada para significar los derechos del hombre recogidos en las distintas declaraciones y pactos internacionales sobre derechos, mientras que la expresión derechos fundamentales estaría reservada para aludir a los derechos del hombre que han sido recogidos en el ordenamiento jurídico interno; y, la expresión derechos constitucionales, como su nombre mismo lo dice, alude a la gama de derechos de la persona que son consagrados y garantizados por nuestra Constitución Política (Rubio Correa, Eguiguren Praeli, & Bernales Ballesteros, 2011).

Bajo este contexto, en el mismo sentido que los citados autores, el investigador jurídico colombiano Abraham Zamir Bechara Llanos señala que actualmente es muy constante que los conceptos de derechos fundamentales y derechos humanos sean considerados iguales; sin embargo, entre estos dos existen ciertas particularidades que las diferencian, que básicamente consiste en que el concepto de derechos humanos es más amplio, ya que abarca a la totalidad de derechos que no han sido positivizados, es decir, son la base de los derechos fundamentales; mientras que, el concepto de estos últimos no tienen mucha amplitud, su definición es más restringida, ya que describen al conjunto de derechos que son garantizados por el derecho positivo, es decir, son derechos humanos constitucionalizados, con una categoría descriptiva (Bechara Llanos, 2011).

A razón de que los derechos humanos se han consagrado de manera progresiva a lo largo de la historia, es posible distinguir hasta tres generaciones; sin embargo, es necesario puntualizar que tal reconocimiento de ninguna manera significa afirmar que los derechos de una generación existieron antes que la otra, o, que exista una prioridad de unos sobre otros. Siendo así, los derechos de primera generación, llamados también derechos negativos, toda vez que implican una limitación al poder del Estado sobre el individuo, se encuentran constituidos por los derechos civiles y políticos, los cuales tienen su sustento en los valores de seguridad y libertad, ya que tratan esencialmente de la libertad de la persona y su participación en la vida política, asimismo, sirven para proteger a la persona de los excesos del Estado.

Los derechos humanos de segunda generación, se encuentran constituidos por los derechos económicos, sociales y culturales, toda vez que su objetivo fundamental es garantizar el bienestar económico, el acceso al trabajo, la educación, la cultura y el desarrollo de la sociedad. Asimismo, los derechos humanos de segunda generación están relacionados con la igualdad, puesto que tratan de asegurar a las personas igualdad de condiciones y de trato. Y, finalmente, los derechos humanos de tercera generación, también conocidos como derechos de solidaridad o



de los pueblos, son aquellos que contemplan el derecho a la paz y a un medio ambiente sano.

## **II. Definición de Derechos Fundamentales**

Los derechos fundamentales, inicialmente fueron concebidos como una garantía de las personas frente a las vulneraciones o intervenciones provenientes del poder estatal; sin embargo, en la actualidad no resulta extraño indicar que dicha garantía sea aplicable también a las relaciones establecidas entre los particulares, lo cual encuentra sustento, puesto que en la realidad no sólo el poder estatal puede vulnerar los derechos fundamentales, sino también se presenta el poder económico y la extralimitación de las facultades que el ordenamiento jurídico le confiere a determinados sujetos de derecho, como en el caso de los empleadores; más aún, si nuestra Constitución Política constituye una norma jurídica que vincula al Estado y particulares, es decir a la sociedad en general, razón por la cual, la actuación de estos se encuentran limitados por los derechos fundamentales de la persona, que tienen su sustento en el principio-derecho de la dignidad humana.

Ahora bien, existen distintas teorías filosóficas, políticas e ideológicas, destinadas a definir y justificar el origen, contenido y fundamento de los derechos fundamentales. En la actualidad, la definición más difundida de los derechos fundamentales señala que estos son el conjunto de derechos y libertades que por ser inherentes al ser humano, se encuentran reconocidos en el ordenamiento jurídico constitucional y positivo.

## **III. Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales**

Sobre el particular, cada uno de los derechos tiene un contenido esencial que debe ser delimitado y que es característico de sus alcances para efectos de su protección; al respecto, nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente No. 1042-2002-AA/TC señala:

Que el contenido esencial de un derecho fundamental está constituido por aquel núcleo mínimo e irreductible que posee todo derecho subjetivo reconocido en la Constitución, que es indisponible para el legislador, debido a que su afectación supondría que el

derecho pierda su naturaleza y entidad. En tal sentido, se desatiende o desprotege el contenido esencial de un derecho fundamental, cuando este queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable y lo despojan de la protección constitucional otorgada. (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2002).

Es decir, el contenido esencial de un derecho fundamental es aquella parte impenetrable e inviolable que resguarda la esencia del referido derecho; sin la cual el derecho fundamental no sería funcionable; es decir es lo mínimo inmediatamente exigible del derecho, cuya exigibilidad sera independiente del desarrollo legal que éste tenga. En este orden de ideas, la eficacia de los derechos fundamentales, se manifiesta de dos maneras: i) Eficacia Inmediata, consistente en la tutela de un derecho fundamental solamente con el contenido constitucional (Constitución Política), y ii) Eficacia Diferida, para que un derecho fundamental sea tutelado, es necesario su remisión a la regulación legislativa, pese a que se encuentre reconocido por nuestra Constitución Política; sin embargo, es necesario tener en cuenta, que la exigibilidad de un derecho fundamental no determina su reconocimiento, únicamente se encuentra vinculada con la efectividad que estos tengan en nuestro marco constitucional y legislativo.

Por lo tanto, el contenido esencial de los derechos fundamentales emerge de situar a cada derecho en el contexto constitucional en que se halla establecido; así por ejemplo, para perfilar el núcleo de una pensión de seguridad social, tendremos que atender no solo al texto que lo establezca sino también a los derechos de sobrevivencia y bienestar, entre otros. Es así, como nuestro Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori por un acto carente de fundamento y al margen de los principios constitucionales, los valores superiores y los demás derechos fundamentales que la Constitución incorpora; por lo que, a efectos de determinar el contenido esencial, deberán tomarse en cuenta no solo las disposiciones constitucionales expresas, sino también los principios y valores superiores constitucionales.

En consecuencia, el referido contenido, es la esencia de cada derecho fundamental, por lo que el legislador no puede disponer de él, lo cual significa que no se podrá dictar leyes que lo recorten, y si en el remoto, y no querida situación, esto llegara a configurarse, dichas normas no serían aplicadas y podrían ser declaradas inconstitucionales, previo procedimiento constitucional correspondiente.

#### **IV. Doble Dimensión o Naturaleza de los Derechos Fundamentales**

Al respecto, la doble dimensión o naturaleza de los derechos fundamentales ha sido desarrollada de manera minuciosa por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, Colegiado que en la sentencia recaída en el Expediente No. 2050-2002-AA/TC señala que la Constitución no es un ordenamiento neutral o desprovisto de valores fundamentales desde el mismo momento que ha introducido un conjunto de derechos fundamentales, por ello, este sistema de valores que encuentra su punto central en el libre desarrollo de la personalidad y en la dignidad del ser humano, vale como una decisión constitucional fundamental para todos los ámbitos del derecho; lo cual significa que los derechos fundamentales no sólo poseen una vertiente subjetiva, sino también una objetiva, puesto que representan los valores materiales de todo el sistema jurídico nacional (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2003).

Esta doble peculiaridad de los derechos fundamentales como objetivos y subjetivos, tiene que ver con que el ser humano no se disuelve en la sociedad en la que vive, ni tampoco es una entidad individual que carece de vínculos y lealtades sociales. En efecto, hoy en día, nadie discute que los derechos fundamentales tienen una doble naturaleza; siendo esto así, la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales radica en que no sólo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino también reconocen la facultad que tienen los ciudadanos de exigir al Estado determinados actos a favor de su persona; y la dimensión objetiva de los derechos fundamentales tiene su sustento en que estos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, en tanto que comportan valores materiales o

instituciones sobre las cuales se estructura una sociedad democrática y un Estado constitucional.

## **V. Los Derechos Fundamentales en las Relaciones Laborales**

La proyección de la aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones privadas supone el reconocimiento de la profundidad que poseen, puesto que el ingreso del trabajador al ámbito de una relación contractual voluntaria de naturaleza laboral supone justamente un recorte en su autonomía de la voluntad, puesto que esto implica el sometimiento del trabajador a las órdenes (subordinación) de la otra parte de la relación laboral, que vendría a ser el empleador, lo cual significa que dicho sometimiento no implique transgredir los derechos fundamentales tanto del trabajador, como del empleador.

En efecto, los derechos fundamentales modalizan el contenido del contrato de trabajo, y en especial el ejercicio de los poderes del empleador, los cuales están prohibidos de producir resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador; éste fenómeno ha sido definido por los juristas como la modulación de los derechos fundamentales en el marco del contrato de trabajo.

Asimismo, es oportuno manifestar que algunos autores han señalado que en cuanto a la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones laborales se puede propinar dos grandes riesgos, que básicamente consisten en lo siguiente: i) feudalización industrial, ya que con el afán de prevalecer los intereses del empleador, éste puede incurrir en la transgresión de los derechos fundamentales del trabajador; e ii) imperialismo de los derechos fundamentales, bajo el cual su trabajo dependiente se encontraría sujeto a un sinfín de condicionamientos.

En consecuencia, los derechos fundamentales no sólo se limitan a ser aplicables en las relaciones individuales de trabajo, sino también en las relaciones colectivas; es decir, mantienen su vigencia en todo ámbito de la relación laboral, y esto guarda concordancia con lo señalado en el párrafo tercero del artículo 23 de nuestra Constitución Política, en donde se indica

que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador; con lo cual se concluye una vez más, el reconocimiento de los derechos fundamentales y el principio-derecho de la dignidad humana, es en ese sentido, que actualmente es común hablar de derechos específicos laborales, y derechos inespecíficos laborales.

### **5.1. Derechos Fundamentales Específicos Laborales**

Sobre el particular, el docente peruano Juan Carlos Cortés Carcelén citando a los juristas Palomeque Lopez y Alvarez de la Rosa, señala que los derechos fundamentales específicos laboralizados, tienen su origen específico en el ámbito de las relaciones laborales, de modo que no es posible su ejercicio fuera de la misma; siendo así, la relación de trabajo se convierte en el presupuesto insoslayable de su nacimiento y ejercicio (Cortés Carcelén, 2010); es decir, se trata de aquellos derechos que únicamente operan en el ámbito de la relación laboral, razón por la cual, fuera de dicho contexto no pueden ser ejercidos.

En efecto, los titulares de estos derechos fundamentales específicos laborales comprende tanto a los trabajadores como a los empleadores, puesto que ambos conforman las partes que constituyen una relación de trabajo.

### **5.2. Derechos Fundamentales Inespecíficos Laborales**

Al respecto, el doctrinario Manuel Carlos Palomeque López, señala que existen derechos constitucionales que tienen carácter general, y que por ello no específicamente pueden ser ejercidos en el ámbito laboral; sin embargo, dentro de dicho contexto adquieren un contenido o dimensión de naturaleza laboral sobrevenida (Palomeque López, 2004); es decir, se trata de derechos fundamentales que son compartidos por todos los ciudadanos, pero que son ejercidos por aquellas personas que se encuentran en una relación de trabajo, a causa de la producida impregnación laboral de derechos de titularidad general o inespecífica.

En consecuencia, los derechos fundamentales inespecíficos laborales, son aquellos derechos atribuidos con carácter general a todos los ciudadanos, pero que son ejercidos en el contexto de una relación jurídica laboral por ciudadanos, que al mismo tiempo son trabajadores, y por tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto, y de la naturaleza jurídica de la relación en la que se hacen valer.

## **CAPITULO IV: EL PERÍODO DE PRUEBA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA**

### **I. La Maternidad en la Relación de Trabajo**

La maternidad constituye un estado o situación que provoca la necesidad de proteger a la mujer, por ser ésta la fuente generadora de vida, y también porque dicha etapa que atraviesa toda mujer abarca los siguientes aspectos de su vida: Embarazo, parto, posparto, cuidado del recién nacido y lactancia; razones por las cuáles amerita la protección de su salud y la del nasciturus; así también como brindarle una mayor atención a la viabilidad del embarazo, a la estabilidad en el empleo de la madre que trabaja, a la conciliación de la vida familiar y laboral de la madre que trabaja, a la igualdad en el trabajo por razón de sexo, entre otros aspectos.

En efecto, conforme se indicó en el párrafo precedente la maternidad no sólo abarca la etapa de gestación, sino también la etapa posterior a ella, como es la recuperación del estado físico y anímico de la mujer, así como el cuidado del recién nacido. Ahora bien, tratando netamente el ámbito de las relaciones de trabajo, es una realidad que la maternidad implica mayores costos laborales para los empleadores, puesto que estos en un principio tendrán que otorgarle a la trabajadora gestante los permisos que sean necesarios para su revisión médica respecto a la viabilidad de su embarazo, así también el empleador se encuentra obligado de proteger el embarazo de su trabajadora, a través de instrumentos que impidan que ésta realice labores que pongan en riesgo su salud y su embarazo, de la misma manera el empleador se encuentra obligado de otorgarle a la

trabajadora gestante su correspondiente descanso pre y postnatal, más aún si lo antes referido se encuentra regulado en las normas laborales de nuestro ordenamiento jurídico.

Las situaciones antes descritas, si bien están destinadas a proteger a la trabajadora que se encuentra en estado de gestación, ya que ésta al ser la fuente generadora de vida, que forma la familia, y la familia por ser la célula básica de la sociedad, es que amerita una mayor atención por parte del Estado. Sin embargo, también es cierto, que la maternidad no muchas veces es recibida de la mejor manera por parte de los empleadores, puesto que estos lo perciben como una fuente que le genera mayores gastos o egresos dinerarios, toda vez que en principio la producción de la empresa se verá disminuida, debido a que el ritmo de trabajo de la trabajadora gestante disminuirá a causa de su situación, generado por diversos aspectos biológicos que traspasa una mujer cuando se encuentra en estado de gestación; segundo, porque el empleador se verá en la obligación de contratar personal que supla a la trabajadora gestante cuando ésta haga uso de su descanso pre y post natal; y finalmente el empleador se verá obligado por disposición legal de cancelar a la trabajadora gestante su respectiva asignación familiar y el otorgamiento de la respectiva hora de lactancia, lo cual coadyuva una vez más a la disminución en el ritmo de la trabajadora posterior al parto; razones por las cuáles la maternidad le causa malestar a los empleadores, ante lo cual, muchas veces no reaccionan de la mejor manera, a tal punto de extinguir la relación laboral e incurrir en algunas ocasiones en actos discriminatorios.

En efecto, la discriminación es un fenómeno social que vulnera la dignidad, los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas; en ese sentido, conforme lo indica la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México: “discriminar significa seleccionar excluyendo; esto es, dar un trato de inferioridad a personas o grupos, a causa de su origen étnico o nacional, religión, edad, género, opiniones, preferencias políticas y sexuales, condiciones de salud, discapacidades, estado civil u otra causa.” (Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, 2012); es decir, se

discrimina cuando de manera injustificada en relación a las características de un persona o su pertenencia a algún grupo específico, se realizan actos o conductas que niegan a las personas la igualdad de trato, produciéndoles un daño que puede traducirse en la anulación o restricción del goce de sus derechos humanos.

Recientemente por conmemoración del Día Internacional de la Mujer, que es celebrada cada 08 de Marzo, fecha en la que se recuerda el ímpetu de las mujeres que año tras año, logran una mayor participación en diversos ámbitos de nuestra sociedad, su desarrollo íntegro como persona, y la anhelada igualdad con el hombre, el periodista Pedro José Crespo, editor de la revista “Aptitus”, señaló:

Es preocupante que las mujeres profesionales desempleadas después de la maternidad sientan que en un proceso de selección o reclutamiento las empresas muestren que no les importa su rol como madres, exigiéndoles dedicarle mucho tiempo o tal vez más de lo necesario a estar en su centro laboral, 60% de madres que conviven con esta sensación en el arduo trabajo de buscar empleo respondieron en una encuesta realizada por “Aptitus” a 237 mujeres madres de familia sin empleo. (Crespo Bustamante, 2015)

Asimismo, el referido periodista continuando la redacción de su artículo, señala un párrafo importantísimo, que tiene que ver con la realidad en la que viven las madres trabajadoras en nuestro país, y es que:

Del 41% de mujeres que sintieron que sus empresas cambiaron su trato con ellas por su maternidad, el 39% confiesa que el impacto negativo cayó sobre sus posibilidades de desarrollarse en la empresa en nuevos puestos y alcanzar un pronto aumento. (Crespo Bustamante, 2015)

De lo antes indicado, es factible inferir que lo precedentemente manifestado es cierto, y no una realidad errónea de la percepción de los hechos, puesto que, en el supuesto que los empleadores continúen con la mentalidad dominante y de superioridad que tienen, entonces la maternidad jamás será bien recibida por ellos, puesto que lo único que les



importara es la productividad, que la trabajadora gestante, o la madre trabajadora le pueda generar a la empresa, más no, su bienestar emocional, físico y personal; es por eso motivo

Bajo este contexto, es preciso señalar, que la mujer a causa de la maternidad, se encuentra propensa a ser blanco de actos discriminatorios que no sólo pueden ser cometidos por los empleadores, sino también por sus mismos compañeros de trabajo; es así como, la discriminación de la mujer a causa de su maternidad existe tanto en el acceso a la relación laboral, durante su desarrollo y en el término de ella; por tanto, las medidas destinadas a salvaguardar el empleo de las trabajadoras embarazadas, y a combatir la discriminación basada en la maternidad forman parte integrante de la exhaustiva labor realizada por el Organismo Internacional de Trabajo – OIT, quien a través de sus Convenios ha predicado a nivel internacional la protección de la maternidad.

Específicamente sobre la protección de la maternidad, la Organización Internacional de Trabajo ha desarrollado dicho tema en tres convenios, el Convenio No. 03 – Sobre la Protección de la Maternidad (1919), y el Convenio No. 103 – Sobre la Protección de la Maternidad (1952) se centraron en la prevención del despido de las mujeres que se ausentan del trabajo durante la licencia de maternidad o durante cualquier prórroga de dicha licencia, que pueda ser necesaria a causa del embarazo o el parto, por su parte, el Convenio No. 183 – Sobre la Protección de la Maternidad (2000) se encargó de extender el período de protección de la mujer contra el despido a todo el período del embarazo y la licencia de maternidad, incluyendo un período adicional posterior al reintegro de la trabajadora a su centro de labores.

Sobre estos convenios, es prudente señalar que tanto el Convenio No. 03 como el No. 103 no han sido ratificados por nuestro Estado, por lo que en aplicación del artículo 55 de nuestra Constitución Política no forman parte de nuestro ordenamiento jurídico; sin embargo, el Convenio No. 183 recientemente ha sido aprobado por nuestro Presidente de la República, el mismo que se dio a través de la Resolución Legislativa No. 30312,

publicada en el Diario El Peruano el pasado Domingo 22 de Marzo del 2015; siendo así, conforme lo indica el artículo 8 del citado Convenio, la carga de la prueba se traslada a la esfera del empleador, sin condicionar a la trabajadora que demuestre la comunicación de su embarazo, como actualmente si lo hace el inciso e) del artículo 29 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, asimismo, el mencionado convenio exige que la protección se extienda hasta después de la reincorporación de la trabajadora, así como prohíbe que el despido sea por causa de la lactancia, de lo cual se infiere que la protección contra el despido abarcaría el año de lactancia que tiene derecho la trabajadora, conforme lo estipula el artículo 1 de la Ley No. 27591, sobre el particular, es prudente indicar que el referido Convenio entraría en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico aproximadamente en el segundo trimestre del 2016.

Es así como, estos tres convenios de la OIT que abordan la protección de la maternidad, dieron luz a que una de las asesoras legales de la revista Soluciones Laborales, Julissa Magaly Vitteri Guevara, señalara que los instrumentos normativos internacionales mencionados anteriormente estipulan medidas de protección para las trabajadoras embarazadas y las que acaban de dar a luz; entre otras cosas, se ocupan de la prevención de la exposición a riesgos de seguridad y salud durante el embarazo y después del mismo, del derecho a una licencia de maternidad a servicios de salud materna e infantil y a interrupciones para la lactancia remuneradas de la protección contra la discriminación, y el despido en relación con la maternidad, y de un derecho garantizado a reincorporarse al trabajo tras la licencia de maternidad (Vitteri Guevara, 2015). Por su parte, el Convenio No. 158 de la OIT – Sobre Terminación de la Relación de Trabajo (1982), no ratificado por nuestro país, pero que tiene la fuerza de una recomendación, en el inciso d) de su artículo 5, señala que el sexo y el embarazo no constituyen causas justificadas para la terminación de la relación laboral.

Toda vez que se está abordando el desarrollo de tratados internacionales, que de manera directa o indirecta establezcan preceptos protectores hacia la mujer y su maternidad; es prudente hacer mención a la Convención

sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, suscrita por nuestro país el 23 de Julio de 1981, aprobado por el Congreso de la República el 01 de Junio de 1982, y aprobada por el Presidente de la República el 05 de Junio de 1982; esto de conformidad con lo estipulado en el artículo 56 de nuestra Constitución Política, que señala, que los tratados que versan sobre derechos humanos deben ser aprobados por el Congreso de la República antes de su ratificación; en consecuencia en aplicación del artículo 55 de nuestra Constitución Política, el citado tratado internacional forma parte de nuestra legislación interna. Siendo así, en su artículo 1 se indica que:

(...) la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. (Organización de las Naciones Unidas, 1979)

Asimismo, en su artículo 11, se señala una lista de medidas apropiadas para eliminar la discriminación de la mujer en el empleo, entre los cuáles los que ayudan a la presente investigación, son los previstos en los incisos a) el derecho al trabajo, como derecho inalienable y e) el derecho a la seguridad social del numeral 1, y el inciso a) la prohibición del despido por motivo del embarazo o licencia de maternidad del numeral 2.

Ahora bien, dentro de nuestra normatividad, existen diversas normas constitucionales y ordinarias que buscan la protección de la mujer y su maternidad, es así, como nuestra Constitución Política, específicamente sobre la protección de la maternidad en las relaciones de trabajo, tenemos al artículo 23 que prevé la especial protección que nuestro Estado le brinda a la madre, al menor de edad y al discapacitado que trabajan, de lo cual se infiere que la mujer gestante y futura madre forman parte de una política

especial, en el que se busca su protección y la proscripción de toda forma de discriminación durante toda la relación de trabajo.

En cuanto a las normas ordinarias tenemos a la Ley No. 26644 (27.06.1996) y su Reglamento, Decreto Supremo No. 005-2001-TR (17.05.2011), que regulan el derecho que tienen las trabajadoras gestantes de gozar el descanso prenatal y posnatal, aplicable tanto en el sector público como en el privado; las referidas normas señalan que la trabajadora gestante tiene derecho a gozar cuarenta y cinco (45) días naturales por descanso prenatal y cuarenta y cinco (45) días naturales por descanso posnatalde, prorrogable éste último a treinta (30) días naturales más en caso de partos múltiples, los mismos que pueden ser acumulados a decisión de la trabajadora, teniendo la misma derecho a retornar a su mismo puesto de trabajo al término de su correspondiente descanso.

Asimismo, tenemos a la Ley No. 29896 (07.07.2012), que establece la implementación de lactarios en las instituciones del sector público y sector privado, promoviendo de esta manera la lactancia materna. De la misma manera tenemos a la Ley No. 27240 (20.12.2001), que otorga permiso por lactancia materna, consistente en una (01) hora diaria hasta que el recién nacido tenga un (01) año de edad, y que en caso de parto múltiple, el referido permiso se incrementará una (01) hora diaria más, permiso que puede ser fraccionado en dos (02) tiempos iguales y será otorgado dentro de su horarios de trabajo, una vez que haya sido acordado entre las partes.

Finalmente, tenemos a la Ley No. 28048 (21.07.2004) y su Reglamento, Decreto Supremo No. 009-2004-TR (21.07.2004), que regulan la protección a favor de la trabajadora gestante para que no realice labores que pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y feto, es decir la viabilidad de su embarazo.

## **II. La Relación Laboral de la Trabajadora Embarazada en el Período de Prueba**

### **2.1. La Estabilidad Laboral durante el Período de Prueba**

Sobre el particular, de conformidad con la naturaleza jurídica del período de prueba instruida por el reconocido jurista nacional Francisco Gómez Valdez, la misma que ya ha sido descrito en el capítulo correspondiente, y la cual me adhiero, es prudente enfatizar que la estabilidad laboral durante el período de prueba es inestable, puesto que durante dicha etapa inicial del contrato de trabajo, se podría decir que es el empleador quien tiene la sartén por el mango, debido a que si bien, la Ley también faculta al trabajador a dar por terminada la relación laboral en cualquier momento durante perdure la referida etapa del contrato de trabajo, también es cierto que en la realidad en la que vivimos dicho supuesto es una utopía, toda vez que a causa de las necesidades que se requiere para subsistir, el único pensamiento que tiene la mayoría de trabajadores al obtener un puesto de trabajo es mantenerlo, y superar el período de prueba, mas no culminar su relación laboral antes de dicha superación.

Es así, como la otra cara de la moneda, consistente en la extinción de la relación laboral por decisión del empleador durante la reiterada etapa inicial del contrato de trabajo sí se materializa en nuestra realidad, y esto se debe a que la misma le evita incurrir en un costo laboral, que sería el pago de una indemnización por despido arbitrario; sin embargo, se tiene que enfatizar que dicha facultad extintiva con la que goza el empleador durante dicho período no es absoluta, debido a que de acuerdo a la finalidad que tiene el período de prueba, se infiere que el único supuesto bajo el cual el empleador puede proceder en extinguir la relación laboral de un trabajador que se encuentra sujeto a período de prueba, es cuando éste no demuestre las aptitudes y capacidades que se requiere para el puesto de trabajo, o cuando su comportamiento no es el apropiado.

Efectivamente, el período de prueba es una manifestación del proceso de flexibilización laboral que atravesó nuestro país en la década de los

90', que se encuentra reflejada en el artículo 27 de nuestra Constitución Política, donde se señala que la Ley será la encargada de otorgar una adecuada protección al trabajador contra el despido arbitrario; es decir, conforme se indicó en líneas precedentes se adopta el sistema de la estabilidad laboral de salida relativa impropia, lo cual ha sido el resultado del fenómeno de la famosa flexibilización laboral.

Bajo este contexto, si bien la propuesta del fenómeno de la flexibilización laboral tuvo su sustento en rescatar la economía nacional que se vivía en la década de los 90', pues vieron en ello un instrumento adecuado para impulsar la competitividad del sector industrial en un contexto de globalización mundial y una herramienta de promoción y protección del empleo y los derechos laborales, aunque no se previó todas las posibles consecuencias que ello conllevaría.

En efecto, esto ha traído como una eventual consecuencia la estabilidad precaria que viven los trabajadores durante el período de prueba, en el sentido, que se encuentran a merced de su empleador para la superación de dicho período y por ende en la continuación de su relación de trabajo, debido a que estos, por facultad legislativa, sin ningún inconveniente pueden extinguirla; sin embargo, no tienen en cuenta, que su actuar debe ser concordante con lo predicado en nuestra Constitución Política, específicamente sobre el respeto de los derechos fundamentales, los mismos que limitan el accionar no sólo de los particulares sino también del propio Estado, más aún, si el mismo artículo 23 de nuestra carta magna, se indica que ninguna relación de trabajo puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad humana, lo cual quiere decir, que por más que el trabajador se encuentre en período de prueba, sus derechos fundamentales se encuentran operativos, es decir, dicho período no debe constituir un espacio de tiempo en el que estos derechos no se encuentren vigentes.

Sin ánimo de contradecir lo antes dicho, se debe hacer la siguiente salvedad, que lo manifestado precedentemente no implica que el empleador se encuentre obligado de mantener la relación laboral con un trabajador indisciplinado e incompetente, puesto que de ser así, se encuentra habilitado de dar por terminada la relación laboral; siendo así, el empleador amparado en la buena fe laboral debe cumplir con la finalidad del período de prueba, y no incurrir en actos arbitrarios e ilegales.

## **2.2. La Protección a la Trabajadora Embarazada en el Período de Prueba**

Ahora bien, una vez realizado un pequeño desarrollo de las aristas que engloban la relación laboral de toda trabajadora embarazada durante la etapa del período de prueba, como es la estabilidad laboral y flexibilización laboral, toca ahora desarrollar el acápite correspondiente a su protección.

Siendo así, es prudente iniciar señalando que la maternidad, específicamente la noticia del embarazo de una trabajadora no es recibida de la mejor manera por parte del empleador, toda vez que dicha situación le va impedir a la trabajadora laborar en el mismo ritmo y generar la misma productividad que venía haciendo, así también porque le generaría al empleador mayores costos laborales.

En cuanto a la denominación costos laborales, el jurista Róger Enrique Zavaleta Rodríguez, señala que son:

Aquellos egresos del empleador relativos al inicio, mantenimiento y terminación de la relación de trabajo vinculados entre sí por efectos de las disposiciones legales y/o convencionales, independientes de los gastos administrativos. Están comprendidos, entonces, desde el propio salario hasta los costos derivados de beneficios adicionales, legales o contractuales, contribuciones, y cualquier otro gasto que se relacione con la contratación e incluso con el despido de los trabajadores. (Zavaleta Rodríguez, 2004)

Al respecto, es prudente indicar que los costos laborales no sólo están constituidos por los egresos que realiza el empleador a consecuencia de la relación laboral, sino también constituyen los egresos que el trabajador incurre a favor de un tercero, como es el pago de la renta de quinta categoría, o al Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Pensiones; en consecuencia, los costos laborales engloban: i) los pagos directos del empleador al trabajador, ii) los pagos del empleador a terceros, y iii) los pagos del trabajador a terceros.

Enfocándonos en el tema en concreto, conforme se indicó en acápites precedentes, el Estado le otorga una especial atención protectora a la madre trabajadora, debido a, que ella como ente generador de vida y formación de la familia, que constituye la célula básica de nuestra sociedad, amerita la protección que nuestra legislación interna a través de tratados internacionales ratificados, normas constitucionales y ordinarias ha establecido; sin embargo, en concordancia con la investigación realizada, nos centraremos en analizar a fondo la relación laboral de una trabajadora en estado de gestación durante el período de prueba.

Sobre el particular, dicho tema ha generado un polémico debate, toda vez que por un lado tenemos a la figura jurídica del período de prueba, durante la cual cualquiera de las partes puede dar por terminado la relación laboral en cualquier momento, sin la necesidad de expresar la causa ni acreditarla, y sin que la misma le genere algún tipo de responsabilidad; sin embargo, es una realidad que por parte del trabajador muy pocas veces esa facultad extintiva de la relación laboral con la que goza se materializará, caso contrario sucede con el empleador, quien efectivamente se encuentra en la mejor posición de efectivizar la facultad extintiva de la relación laboral; y por otro lado, tenemos la situación de embarazo de la trabajadora, la misma que amerita una mayor atención, puesto que a causa de su situación de gestación, ésta forma parte de cierto sector históricamente y socialmente latente a ser discriminado de la población laboral.



Es así, como nace el interés de proteger a la trabajadora gestante durante el período de prueba. En ese sentido, nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente No. 2456-2012-AA/TC, falló a favor de la empresa demandada, sosteniendo sin mayor esfuerzo analítico y probatorio, que como la trabajadora gestante no había superado el período de prueba no obtuvo protección contra el despido arbitrario, por tanto no corresponde analizar el supuesto despido discriminatorio que alega, declarando infundada la demanda de acción de amparo interpuesta por la demandante; en ese sentido, la decisión judicial emitida por el máximo Órgano Jurisdiccional en materia constitucional de nuestro país ha generado que se circule lo siguiente: Que, la protección de la trabajadora embarazada opera una vez que ésta haya superado el período de prueba correspondiente; es decir contrario sensu, durante el período de prueba, la trabajadora embarazada se encuentra en desprotección frente a las posibles arbitrariedades que puede incurrir el empleador, por la reacción negativa de éste frente al conocimiento del estado de gestación de la trabajadora.

Bajo este contexto, nuestro ordenamiento jurídico ha previsto en los incisos d) y e) del artículo 29 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, como causales de despido nulo, la discriminación por razón de sexo y el despido de una trabajadora embarazada, cuando éste se produce durante el estado de gestación o dentro de los noventa (90) días posteriores al parto.

Al respecto, en cuanto a la catalogación de despido nulo en el caso de trabajadoras embarazadas, para que dicha situación se produzca, la trabajadora debe haber comunicado por escrito su situación de gestación a su empleador; es decir, la protección que nuestra legislación prevé a favor de la trabajadora gestante nace recién desde la comunicación por escrito de su embarazo; sin embargo, en cuanto a este requisito sine qua non, pese a que nuestra legislación ha señalado taxativamente que la comunicación debe ser por escrito, mi opinión en particular es que teniendo en cuenta, que la finalidad de

dicho requisito es que el empleador tome conocimiento de la situación de gestación de la trabajadora, si ésta por otros medios idóneos ha logrado con dicho objetivo (el empleador tome conocimiento sobre la situación de embarazo), entonces no debemos pegarnos literalmente a lo que dice la norma, y esto resulta coherente, más aún, si nuestra Corte Suprema, en la Casación No. 2213-2006 señala que aún en el supuesto de que la trabajadora no haya hecho una comunicación documental siempre es notorio el estado de gestación por los cambios que se producen en la gestante, criterio judicial al cual se debe agregar, que recientemente el 22 de Marzo del 2015 se ha publicado en el Diario El Comercio la Resolución Legislativa No. 30312, mediante la cual nuestro Presidente de la República aprueba el Convenio de la OIT No. 183 – Sobre Protección de la Maternidad (2000), haciendo la salvedad que aproximadamente en el segundo trimestre del 2016 entrara en vigencia.

Siguiendo este orden de ideas, es oportuno señalar que la causal de despido nulo antes descrita se basa en la aplicación de una presunción legal; es decir, que el despido se presume nulo, cuando éste se produce durante el estado de gestación o dentro de los noventa (90) días posteriores al parto, y siempre y cuando el empleador no acredite el despido en una causa justa.

En la ciencia jurídica del Derecho, se denomina presunción, a aquel mecanismo legal automático, que considera que un determinado hecho o acontecimiento, se entiende probado simplemente por darse los presupuestos para ello; la necesidad de establecer presunciones tiene su sustento en la seguridad jurídica, siendo así, normalmente se establece que la persona que alega un determinado hecho en un proceso judicial, debe aportar los medios probatorios necesarios que acrediten la veracidad de su fundamentación y por ende le genere convicción al Juzgador de que lo manifestado es verdadero; sin embargo, también existen supuestos en los que, el Juzgador llega a comprobar un determinado hecho por medio de presunciones legales; entre las que encontramos a la presunción “iuris tantum”, también

conocida con el nombre de presunción legal relativa, la misma que se establece por Ley, y que admite prueba en contrario; es decir, permite probar la inexistencia de un hecho o derecho, a diferencia de las presunciones “iuris et de iure”, conocidas también con el nombre de presunción legal absoluta, las cuales operan de pleno y absoluto derecho, razón por la cual no admite prueba en contrario.

Ahora bien, la causal de despido nulo contenida en el inciso e) del Decreto Supremo No. 003-97-TR otorga una protección legal aceptable (presunción legal relativa) a la madre trabajadora, puesto que abarca todo el proceso de gestación y los noventa (90) días posteriores al parto, a lo cual se le debe agregar el plazo de lactancia, conforme lo indica el Convenio No. 183 de la OIT – Sobre Protección de la Maternidad (2000), recientemente ratificado por nuestro Estado (22.03.2015).

En cuanto a la vigencia de los derechos fundamentales durante el período de prueba, nace la siguiente pregunta: ¿Es factible que la protección que se le brinda a la trabajadora gestante en el despido nulo pueda ser extendida al período de prueba?, interrogante que debe ser respondida teniendo en cuenta lo siguiente: Uno de los límites al poderío con el que goza el empleador en las relaciones laborales, son los derechos fundamentales, los mismos que le son inherentes al trabajador por su misma condición de persona y sujeto de derecho (principio-derecho de dignidad); en consecuencia, es factible afirmar que los referidos derechos operan desde el inicio de la relación laboral, entendiéndose también durante la etapa del período de prueba. En éste orden de ideas, es coherente señalar que durante el período de prueba puede producirse un despido nulo, toda vez que lo que se protege con esta tipología de despido inconstitucional, es el respeto de los derechos fundamentales de la trabajadora gestante; en contradicción a lo manifestado, el Tribunal Constitucional Español, en el punto 4 de los Fundamentos Jurídicos de la sentencia No. 173/2013, del 10 de Octubre del 2013, indicó literalmente lo siguiente:

Pues bien, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo razona en la Sentencia que esa protección reforzada prevista en el art. 55.5.b) LET para el despido no puede ser extendida por analogía al supuesto enjuiciado del desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, institución cuyas diferencias con el despido resultan sustanciales, conforme a la jurisprudencia de la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo que cita la Sentencia. Así, se señala que mientras que en el despido (tanto disciplinario como por causas objetivas) la ley exige requisitos de forma (por escrito y con expresión de la causa), cuyo incumplimiento acarrea la ilicitud de la decisión extintiva, en cambio el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba no queda sujeto a requisitos formales (pudiendo incluso ser verbal y sin exteriorización de la causa). (Tribunal Constitucional de España, 2013)

Criterio jurisprudencial del cual se infiere que durante el período de prueba no puede operar la nulidad objetiva contenida en el despido nulo, toda vez que, período de prueba y despido constituyen dos figuras jurídicas de distinta naturaleza, debido a que mientras en el primero se produce el desistimiento empresarial, en el segundo se realiza la ilicitud de la decisión extintiva, el mismo que se encuentra revestido de un acto formal, situación distinta a lo que sucede en el período de prueba.

En cuanto a la comunicación al empleador, que debe realizar la trabajadora sobre su estado de gestación, si bien es cierto que recientemente nuestro Estado ha ratificado el Convenio No. 183 de la OIT – Sobre Protección de la Maternidad (2000), en el cual ya no se condicionaría a la trabajadora la acreditación de la comunicación al empleador de su embarazo, dicha norma internacional no entrará en vigencia hasta aproximadamente en el mes de Marzo del 2016, por lo que, actualmente se encuentra vigente lo estipulado en el inciso e) del artículo 29 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, en el cual condiciona la protección de la trabajadora gestante a la comunicación de ésta a su empleador, la misma que debe ser por escrito.

Al respecto, en una de las sentencias españolas, se opta por la “prueba indiciaria”, entendida en el sentido de que, si no hay un “hecho indicio” no puede haber presunción de que el despido fue a causa del embarazo, por lo que se requiere la comunicación al empleador, ya que ésta constituye el “hecho indicio” coherente para que opere la presunción, contrario a dicha sentencia, en otra conocida sentencia española, se indicó que procede la declaración de la nulidad del despido de la trabajadora embarazada con independencia de que el empleador conozca el estado de gestación. En este orden de ideas, en Argentina existen dos vertientes doctrinarias respecto a este asunto, pero la predominante es la doctrina que entiende, que si se produce el despido sin causa de la trabajadora gestante durante el período de prueba, pero con posterioridad a la comunicación al empleador, no sería necesario que la mujer acredite que se trató de una discriminación originada en su maternidad, ya que tiene una garantía de estabilidad en el empleo durante el tiempo de gestación, cuya vulneración supone la configuración de un acto discriminatorio que no necesita ser demostrado, porque fue presumido por el empleador.

En efecto, respecto a dicho asunto, la doctrina a la cual nuestro Estado se acoge es la concerniente que pese a que no se haya producido la documentación documental, si en caso, es notorio el estado de gestación de la trabajadora, opera la presunción contemplada en el despido nulo, dicho criterio ha sido desarrollado en la Casación No. 2213-2006.

Pese a que durante el período de prueba es legal que el empleador extinga la relación laboral de una trabajadora gestante sin que la misma le genera algún tipo de responsabilidad y sin la necesidad de expresar el motivo, la doctrina internacional ha sido unánime en enfatizar que dicha decisión extintiva no debe vulnerar un derecho fundamental, ni tampoco encubrir un acto discriminatorio. En efecto, es innegable que dicha extinción no debe constituir una decisión subjetiva, sino objetiva, la misma que debe estar revestida de una “causa”, que puede ser la no demostración de la trabajadora que

posee las aptitudes necesarias para el puesto postulado, o la aclimatación al centro de trabajo, o que mantenga una conducta reprochable, entre otros de los supuestos relacionados a los ya descritos.

Por consiguiente, el empleador al hacer un uso indebido de la facultad con la que goza durante el período de prueba, es que su actuar constituiría un abuso del derecho, toda vez que éste como titular de un derecho subjetivo (facultad extintiva) actúa de modo tal que su conducta concuerda con la norma legal que concede la facultad (art. 10 del Decreto Supremo No. 003-97-TR), pero su ejercicio resulta contrario a la buena fe, la moral, las buenas costumbres o los fines sociales y económicos del Derecho; de la misma manera, constituye un abuso del derecho, en el sentido, que el accionar de la persona en el ejercicio regular de un derecho actúa con culpa o dolo, o sin utilidad para sí, y causa daños a terceros; más aún, si nuestra legislación no ampara el abuso del derecho. En consecuencia, cierta jurisprudencia internacional indica que únicamente la nulidad objetiva del despido nulo puede extenderse a la etapa del período de prueba, cuando la trabajadora haya aportado un indicio de discriminación.

Después de haber descrito ciertas aristas que engloba la extinción de la relación laboral de una trabajadora gestante durante el período, como es la presunción legal, la prueba indiciaria, el despido nulo, el abuso de derecho, entre otros, corresponde desarrollar el método de protección a la trabajadora gestante. Al respecto, España reconoce la protección de los derechos fundamentales de la trabajadora gestante, puesto que señala, que sería el único supuesto en el que se pueda declarar la nulidad del despido sufrido, pese a que se encuentre en período de prueba, pero condiciona dicha declaración de nulidad al aporte de un indicio de acto discriminatorio; por su lado Argentina, rechaza tajantemente el abuso de derecho que puede incurrir el empleador durante la etapa del período de prueba, motivo por el cual, permite declarar la nulidad del despido propinado a una trabajadora gestante durante dicha etapa del contrato de trabajo, siempre y

cuando el empleador incurra en un abuso de derecho y como consecuencia de dicho acto vulnere algún derecho fundamental, pero en el mismo lineamiento que la jurisprudencia española, condiciona dicha situación a que la trabajadora haya comunicado a su empleador sobre su estado de gestación previo al despido, para que de esta manera opere la presunción que el legislador le reconoce.

En contraposición a lo antes dicho, en Costa Rica, se puede apreciar una mayor protección a la trabajadora gestante, tal es así, que en el documento denominado Compendio de Criterios Jurídicos-Laborales de 1999 al 2014, publicado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de Costa Rica, se observa que en el proceso judicial identificado como DAJ-AE-605-2006, se señala expresamente que:

La protección a la mujer embarazada inicia desde el período de prueba y por tanto para proceder a su despido se debe acreditar alguna de las causales establecidas en el artículo 81 del Código de Trabajo y seguir el proceso de autorización ante la Inspección de Trabajo de este Ministerio, aun cuando la trabajadora no haya superado los tres meses de labores. De lo contrario, si la trabajadora no acepta la reinstalación, tendría derecho al pago de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta los ocho meses en concepto de indemnización por daños y perjuicios. (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de Costa Rica, 2014)

Asimismo, la jurisprudencia costarricense se ha pronunciado sobre la discriminación de la trabajadora gestante, lo cual es de salvedad, lo señalado en el proceso indentificado como DAJ-AE-137-2008:

La trabajadora embarazada no está obligada a comunicar su estado antes de ser contratada ni durante la relación laboral, ya que además de ser un aspecto íntimo, el mismo podría significar un impedimento para obtener el empleo o generar algún tipo de discriminación en el trabajo, razón por la cual, se considera que esta comunicación únicamente se requiere a efecto de obtener la protección que establece la legislación para las trabajadoras en

estado de embarazo. (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de Costa Rica, 2014)

Sin ánimo de menoscabar lo precedentemente señalado, la jurisprudencia costarricense, en el mismo lineamiento que la jurisprudencia española y argentina, opta por la teoría de la prueba indiciaria, pero con cierta peculiaridad, ya que en el caso en concreto, ni la trabajadora tenía conocimiento siquiera de su estado de gestación, tal es así, que en el proceso denominado como DAJ-AE-047-11, se indica que:

Este fuero de protección especial regulado en la legislación laboral lo que busca es evitar que se den despidos injustificados con intenciones discriminatorias en perjuicio de las trabajadoras embarazadas, es decir pretende evitar que éstas sean despedidas en razón de su embarazo; situación que no parece ser el caso en la consulta en concreto, esto en virtud de que el despido se efectuó sin conocimiento ni siquiera de la trabajadora de su estado de gravidez. En el caso en consulta, esta comunicación no existió, ni hubo posibilidad de que el patrono tuviera conocimiento, ni indicios, precisamente, porque la misma trabajadora desconocía su estado. (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de Costa Rica, 2014)

Bajo este orden de ideas, es prudente desarrollar la teoría que instauró la jurisprudencia colombiana, conocida con el nombre de “estabilidad laboral reforzada”, la cual sirve como base y/o sustento de la presente investigación; al respecto, dicha teoría ha sido desarrollada en la sentencia T-513/08, que citando a la sentencia C-470 de 1997, señala:

La mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido y sigue siendo el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobrecostos o



incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas. (Corte Constitucional de Colombia, 2008)

Bajo el mismo lineamiento, citando a la sentencia T-291 del 2005, señala que: “la estabilidad laboral reforzada es un derecho fundamental que deriva del derecho fundamental a no ser discriminada por ocasión del embarazo, y que implica una garantía real y efectiva de protección a favor de las trabajadoras en estado de gestación” (Corte Constitucional de Colombia, 2008). Siendo así, la Corte Constitucional de Colombia en el punto 3 del acápite de Consideraciones y Fundamentos de la sentencia T-513/08, reconoce que se debe velar por la protección especial de cierto grupo de personas, que por sus características personales y/o condiciones, pueden ser susceptibles de agresión o discriminación, como se da en el caso de las trabajadoras que se encuentran en estado de gestación, tal es así, que la teoría de la “estabilidad laboral reforzada” ha sido reconocida por la jurisprudencia colombiana en varias de sus sentencias, pese a que la trabajadora gestante se encontraba en período de prueba.

Bajo este contexto, Colombia también es propulsora del llamado “fuero de maternidad”, para lo cual, el jurista colombiano Armando Rojas Chavez, indica que por el fuero de maternidad se presume el despido de la trabajadora durante el tiempo de su embarazo, o en los tres meses posteriores al parto (según legislación colombiana), esto por razón a su estado de gravidez, para lo cual asemeja esta institución jurídica a lo que sucede en el fuero sindical. (Rojas Chavez, 2003).

El “fuero de maternidad”, tiene sus fundamentos en la norma constitucional, que pretende evitar que la trabajadora que se encuentre en estado de gestación sea discriminada por su misma condición de madre gestante, es el desarrollo del derecho a la igualdad, que establece que nadie puede ser tratado de manera diferente por razón de su sexo, raza, religión, entre otros motivos prohibidos por la Ley; por lo cual, el Estado se compromete a

promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, brindándole protección a las personas que por su condición económica, física o mental se encontrarán en situación de debilidad manifiesta.

Conforme la doctrina colombiana lo ha establecido, en el “fuero de maternidad”, opera la presunción legal que el legislador ha establecido para la trabajadora gestante, en el sentido, que se presume que su despido ha sido a causa de su estado de gestación, siempre que el mismo se haya producido durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto (según legislación colombiana), pero de la misma forma que las jurisprudencias comparadas precedentemente descritas, la colombiana, señala que, a fin de que opere la presunción legal antes aludida, es indispensable la comunicación al empleador respecto al estado de gestación; sin embargo, es necesario hacer la salvedad, que habrá situaciones en las cuales no sería necesaria dicha comunicación, como en el caso de la notoriedad del embarazo, por lo que la referida presunción legal operaría automáticamente. Trasladando el referido fuero a nuestra legislación, la misma operaría durante todo el estado de gestación y noventa días posteriores al parto, al cual se le debe agregar el año de lactancia, conforme lo prevé el Convenio No. 183 de la OIT – Sobre Protección de la Maternidad (2000), recientemente ratificado por nuestro Estado.

Finalmente, la doctrina colombiana también es propulsora del llamado “fuero laboral constitucional”, el cual aplica a más sujetos involucrados, distinto al “fuero de maternidad”, que es de exclusividad para la trabajadora gestante; siendo así, para que pueda operar el “fuero laboral constitucional”, se requiere indispensablemente que se configuren los siguientes elementos: a) vínculo laboral previo; b) una situación de inferioridad o debilidad manifiesta del trabajador frente a los demás trabajadores, o que pertenezca a un grupo discriminado, es decir, una diferencia que lo haga merecedor de un trato especial y preferente; c) un acto de discriminación; y d) la terminación de su contrato de trabajo, por causa de la situación de inferioridad.

Cabe precisar, que conforme ha quedado indicado en la doctrina colombiana, tanto la teoría de la “estabilidad laboral reforzada”, como el “fuero de maternidad” y el “fuero laboral constitucional”, es factible que los mismos operen, pese a que la trabajadora gestante se encuentre en período de prueba, siempre que se cumpla con los requisitos establecidos para cada uno de dichas teorías, y más aún, si la doctrina y jurisprudencia internacional estudiada ha sido unánime en establecer, que la facultad extintiva con la que goza el empleador durante el período de prueba, no puede encubrir un acto discriminatorio y/o abuso de derecho, atentatorio de derechos fundamentales.

Contexto totalmente distinto al que sucede en nuestra jurisprudencia, en donde la sentencia No. 2456-2012-AA/TC, expedida por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, en el proceso de acción de amparo seguido por Jacqueline Carranza Maza contra Deutsche Farma S.A.C., declara infundada la demanda interpuesta por la accionante, sin hacer un exhaustivo desarrollo del caso controvertido; tal es así, que el jurista Luis Álvaro Gonzales Ramírez, en uno de los artículos que publica en la Revista Jurídica Soluciones Laborales, se pronunció respecto a la sentencia antes citada, en donde indicó que:

(...) una interpretación estricta de lo expuesto por el Tribunal nos permitiría suponer la validación de actos atentatorios de derechos fundamentales tales que, al haber sido cometidos durante el período de prueba no serían sancionables, lo cual, de acuerdo a una interpretación sistemática del régimen constitucional, tal como se desarrollará más adelante no sería acertado. (Gonzales Ramírez, 2013)

Es así, como el autor antes mencionado en líneas posteriores de su artículo, haciendo una interpretación sistemática del inciso e) del artículo 29 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, señala que:

(...) aquel despido durante el período de prueba, basado en el estado de gravidez de la trabajadora, también le sería de aplicación la sanción de nulidad; ello en tanto no se ha

establecido expresamente desde cuando empieza a operar la prohibición del despido de la trabajadora gestante o en período de lactancia. (Gonzales Ramírez, 2013)

Sin embargo, de la misma forma que en la jurisprudencia comparada, aludida en párrafos precedentes, el referido autor opina, que es factible que la presunción legal (nulidad del despido) sea aplicada, aún cuando la trabajadora gestante se encuentre en período de prueba, siempre y cuando ésta haya aportado indicios que acrediten la vulneración de sus derechos. Es así, como el reiterado autor, finaliza su artículo, precisando que la jurisprudencia nacional ha marcado un silencio sobre el tema de investigación, ya sea porque no se ha pronunciado con precisión, o por haber dictado pronunciamientos pocos claros, que de alguna manera, haría pensar, que el período de prueba funciona como un espacio de tiempo en el cual es posible vulnerar indiscriminadamente los derechos fundamentales del trabajador, motivo por el cual las trabajadoras gestantes conforman un sector históricamente y socialmente vulnerable de la población laboral, y por tanto requieren de mayores precisiones normativa, orientado esto a su protección (Gonzales Ramírez, 2013).

Es así, como el doctrinario en mención, reforzando su criterio desarrollado en el artículo precedente, en un reciente artículo publicado en la Revista Jurídica Soluciones Laborales en el mes de Mayo del 2015, señala que, si bien el artículo 10 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, establece que durante el período de prueba, los trabajadores carecen de protección contra el despido arbitrario, ello no debería significar, la facultad de los empleadores de transgredir indiscriminadamente el derecho fundamental al trabajo, cuando el término de la vinculación laboral se encuentre fundado en causas discriminatorias, y violatorias de derechos fundamentales; mas aún, cuando ello implicaría desconocer la atención prioritaria que nuestra Constitución le brinda a un sector vulnerable, como es la trabajadora gestante. (Gonzales Ramírez, 2015); del cual se infiere que el período de prueba no debe constituir aquel espacio de tiempo, en el cual, el

empleador efectue ceses indiscriminados sin que exista una causa justificable vinculada al desempeño laboral.

Motivo por el cual, es opinión de los juristas que asesoran la Revista Jurídica Soluciones Laborales, que siempre y cuando, la trabajadora gestante haya aportado indicios que acrediten, que la decisión del empleador de extinguir la relación laboral durante el período de prueba estuvo basada en la vulneración de un derecho constitucional, es amparable, que en vía constitucional, la trabajadora gestante obtenga su reposición. Al respecto, si bien es cierto, que desde la óptica de nuestro Tribunal Constitucional, sosegada en la sentencia expedida en el Exp. No. 976-2001-AA/TC, en el proceso de amparo, no se cuestiona, ni podría cuestionarse la existencia de una causa justa de despido, sino la presencia, en el despido, como un elemento determinante del mismo, un motivo ilícito, que suponga, la utilización del despido como un medio para la violación de un derecho constitucional, por lo que, el bien jurídico protegido a través del amparo constitucional no es la estabilidad laboral del trabajador, sino el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2003); posición, por la cual, los asesores de la Revista Jurídica Soluciones Laborales, señalan que, la vía correcta para que la trabajadora gestante sustente que el despido que se le propino tiene sustento discriminatorio, es la vía del amparo constitucional. Sin embargo, a opinión del investigador, es necesario precisar que, actualmente no solo la vía constitucional es la sostenible para hacer valer la protección de los derechos fundamentales, tal es así, que la vía ordinaria laboral, en cierto sentido, también es idónea; más aún, si cuenta con actuación probatoria, etapa del proceso vital para la demostración del acto discriminatorio.

Bajo este orden de ideas, el doctrinario Álvaro García Manríque en uno de sus artículos publicados en la Revista Jurídica Diálogo con la Jurisprudencia, se pronuncia sobre la sentencia recaída en el Expediente No. 2456-2012-AA/TC, señalando lo siguiente: "(...) debió analizarse si el despido ocultaba un matriz discriminatorio más allá de

encontrarse o no en período de prueba. Hasta hubiera sido más saludable derivar el caso a la justicia ordinaria, si acaso se necesitaba mayor actividad probatoria” (García Manríque, 2013); en líneas posteriores de su artículo, el referido autor, idealiza como debió haber pensado nuestro Tribunal Constitucional para emitir la sentencia antes citada, indicando que debió haber sido de la siguiente forma: “si un despido arbitrario durante el período de prueba que vulnera derechos fundamentales no tiene protección, un despido nulo por discriminatorio durante el mismo período debe tener la misma consecuencia” (García Manríque, 2013), a tenor de lo cual, se infiere que se estaría supeditando el goce de los derechos fundamentales a la superación del período de prueba, y a criterio de él, el error de nuestro Tribunal Constitucional, tendría su origen en la norma positiva, así como también la exigencia de la causalidad durante el período de prueba.

Asimismo, el jurista Elmer Huamán Estrada en uno de sus artículos publicado en la Revista Jurídica Diálogo con la Jurisprudencia, realiza una interpretación correcta respecto a lo dispuesto en el artículo 23 de nuestra Constitución Política, concluyendo que sobre la base de dicho dispositivo constitucional, se debe afirmar que desde el inicio de la relación laboral (incluyendo al período de prueba), el trabajador es titular de una serie de derechos fundamentales que no pueden ser desconocidos por el empleador; ya que lo contrario, significaría aceptar que existe una zona en la que los derechos fundamentales pierden efectividad o vigencia, lo cual resulta a toda luces un planteamiento inconstitucional (Huamán Estrada, 2013). En consecuencia, aquellos despidos discriminatorios que se perpetúan durante el período de prueba, suponen ceses inconstitucionales que merecen ser reprobados; por lo que sostener lo contrario, supondría justificar el uso arbitrario de la facultad que regula nuestra legislación a favor del empleador para cesar a los trabajadores sin manifestar causa amparable y sin que la misma le genere algún tipo de responsabilidad.

Finalmente, al haber hecho mención a los criterios jurisprudenciales de los países de España, Argentina, Costa Rica y Colombia respecto a la extinción de la relación laboral de la trabajadora gestante durante el período por decisión de su empleador, es oportuno señalar los Convenios de la OIT que han sido ratificados por dichos países en relación a la protección a la maternidad; así tenemos que, España ha ratificado los Convenios No. 03 y No. 103 de la OIT, el 04 de Julio de 1923 y el 17 de Agosto de 1965 respectivamente; Argentina ha ratificado el Convenio No. 03 de la OIT, el 30 de Noviembre de 1933; por su parte Costa Rica no ha ratificado ningún Convenio de la OIT que este referido específicamente a la protección de la maternidad; sin embargo, ha ratificado el Convenio No. 111 de la OIT el 01 de Marzo de 1962, que trata sobre la discriminación, en la cual se hace referencia a la discriminación que tiene como origen el sexo, que constituye el tipo de discriminación que sufre la trabajadora gestante, conforme la jurisprudencia nacional e internacional lo ha dejado zanjado; por su lado, Colombia ha ratificado el Convenio No. 03 de la OIT el 20 de Junio de 1933; y nuestro país, recientemente ha ratificado el Convenio No. 183 de la OIT el 22 de Marzo del 2015.

En consecuencia, después de todo lo desarrollado, es correcto afirmar que no todo término del contrato de trabajo de una trabajadora embarazada durante el período de prueba ha de calificarse como nula, debió a que, únicamente la decisión extintiva del empleador durante dicha etapa del contrato de trabajo será nula, cuando se funde o este motivada en razones discriminatorias o cuando vulnere derechos fundamentales, ya que tales supuestos constituyen el límite al poderío del empleador.

### **2.3. La Lesión a los Derechos Fundamentales de la Trabajadora Embarazada en el Período de Prueba**

En el presente acápite se desarrollará tres (03) derechos fundamentales que pueden verse afectados cuando el empleador decide extinguir la relación laboral de una trabajadora gestante sujeta a período de prueba, por razón de su embarazo.

### **2.3.1. Derecho al trabajo**

El derecho al trabajo cuenta con una consagración supraconstitucional en diversos tratados internacionales ratificados por nuestro Estado. Al respecto, la Declaración Universal de Derecho Humanos (1948), adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, proceso de elaboración en el que nuestro país voto a favor de su adopción, expresamente en su artículo 23, se indica que toda persona tiene derecho al trabajo. En ese mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1966), aprobado por nuestro Estado, mediante Decreto Ley N° 22129 de fecha 28 de Marzo de 1978, en su artículo 6, se indica que todos los Estados que forman parte del referido pacto reconocen el derecho al trabajo. Finalmente, en cuando a un tratado internacional específico sobre la protección de la mujer, el inciso a) del numeral 1 del artículo 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, reconoce el derecho al trabajo, como derecho inalienable al ser humano.

Seguidamente, a nivel interno, éste derecho social, se encuentre reconocido expresamente en el artículo 22 de nuestra Constitución Política, por lo cual, de ser un derecho humano con reconocimiento supraconstitucional, constituye también un derecho fundamental de rango constitucional. Sobre el particular, tanto la doctrina y jurisprudencia nacional, se ha encargado de manera unánime en indicar que el contenido esencial de éste derecho implica dos dimensiones: a) por un lado que el Estado adopte una política que esté orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; y b) por otro lado, el derecho a no ser despedido, sino por causa justa, conforme ha quedado señalado en el fundamento 12 de la sentencia expedida en el Expediente No. 1124-2001-AA/TC.



Dicha conceptualización tiene su sustento, en que el trabajo constituye un deber y derecho para la persona, mediante el cual podrá vivir dignamente; es decir, el trabajo es el medio para que el hombre y/o mujer pueda obtener un ingreso semanal, quincenal o mensual que le permitirá satisfacer sus necesidades personales y las de su familia.

Siendo así, éste derecho constitucional se ve afectado, cuando el empleador haga un uso arbitrario de la facultad extintiva de la relación laboral con la que goza durante el período de prueba, que generalmente dicho uso arbitrario en el fondo no será más que un acto discriminatorio, toda vez que tratándose de una trabajadora gestante, el empleador hará uso de la facultad extintiva antes indicada que la Ley le reconoce, pero sin un sustento objetivo ni causal, ya que el motivo de tal actuar será nada menos que el estado de gestación de la trabajadora, con lo que se lesionaría la segunda dimensión del derecho constitucional en mención.

### **2.3.2. Derecho a la no discriminación**

Al respecto, es prudente mencionar, que éste derecho de la misma manera que el anteriormente desarrollado cuenta con reconocimiento supraconstitucional, tal es así, que el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, señala expresamente lo siguiente: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.” (Organización de las Naciones Unidas, 1948). Es a razón, de tal precepto promotor de la igualdad y prohibitivo de la discriminación, que aparece el Convenio No. 111 de la OIT – Sobre la Discriminación (1958), ratificado por nuestro país el 10 de Agosto de 1970, tratado internacional que desarrolla abiertamente la discriminación en el trabajo, que en su artículo 1 señala que el término discriminación comprende:

(a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

(b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados. (Organización Internacional de Trabajo, 1958)

Seguidamente, tenemos a la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), adoptado por la Organización de los Estados Americanos, y ratificado por nuestro país el 07 de Diciembre de 1978, que en su artículo 24 señala “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.” (Organización de los Estados Americanos, 1969). En cuanto, a un tratado internacional específico protector de la mujer, tenemos a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que en su artículo 1, refiere que la expresión discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o cualquiera (Organización de las Naciones Unidas, 1979), asimismo, en el inciso a) del numeral 2 de su artículo 11, se indica expresamente la prohibición del despido por motivo del embarazo.

En efecto, conforme ha quedado establecido el derecho a la igualdad y el mandato de no discriminación cuenta con reconocimiento supraconstitucional, por lo que al ser un derecho humano, influyo en que nuestra Constitución Política le otorgue reconocimiento de rango constitucional, el mismo que se encuentra recogido en el inciso 2) de su artículo 2.

En ese sentido, nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente No. 3525-2011-PA/TC, señala que el derecho a la igualdad tiene dos (02) facetas:

Igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2011).

Ahora bien, por discriminación se entiende que es aquel trato diferenciado que se basa en un motivo prohibido, y que tiene como efecto alterar la igualdad de trato u oportunidades que carece de justificación objetiva y razonable. En ese sentido, existen dos (02) clases de discriminación: i) Directa, que es la distinción de manera explícita basada en un motivo prohibido que lesiona la igualdad y que carece de justificación; y ii) Indirecta, o también conocida con el nombre de impacto adverso conforme lo ha establecido la jurisprudencia norteamericana, que consiste en la distinción basada en un motivo válido que afecta adversamente a un grupo protegido, y que carece de justificación.

Bajo estos lineamiento de ideas, es factible afirmar, que lo que se busca con el derecho de igualdad y el mandado de no discriminación, es prohibir tajantemente estos tratos; sin embargo, es válido y legal, los tratos diferenciados, siempre y cuando éstos versen sobre un sustento objetivo y razonable.

Ahora bien, trasladandonos específicamente al ámbito laboral, se aprecia que éstos derechos actúan tanto en el acceso, desarrollo y término de la relación laboral. En ese sentido, en el acceso al empleo, opera el término igualdad de oportunidades, denominación bajo la cual, los involucrados accedan al puesto de trabajo en las mismas condiciones, posteriormente a ello, ya en la relación laboral propiamente dicha, opera la denominación igualdad de trato, la misma que es traducida en la famosa frase coloquial: “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”, de lo cual se infiere que en las relaciones laborales también es viable la discriminación positiva o llamada también acción positiva, consistente en el trato desigual que se le otorga a colectivos segregados, cuyo objetivo es integrarlos alternando lo menos posible y sólo en casos justificados la regla de la igualdad; es decir, se le debe brindar una especial atención y protección a aquellas personas que forman parte de un sector vulnerable de la población laboral, como es en el caso de la trabajadora gestante, por lo que es oportuno precisar que la acción positiva también opera en el fase del acceso al empleo.

Finalmente, en la fase extintiva de la relación laboral, es prudente indicar que tanto nuestra legislación ordinaria (artículo 22 del Decreto Supremo No. 003-97-TR), como la norma internacional (artículo 4 del Convenio No. 158 de la OIT – Sobre la Terminación de la Relación de Trabajo), estipulan que el término de la relación laboral únicamente podrá realizarse por causa justa vinculada a la conducta o capacidad del trabajador; en ese mismo sentido, éste último convenio en el inciso d) de su artículo 5, también indican, que el sexo y embarazo no

constituyen causa justificada para la terminación de la relación laboral; es así, como el Convenio No. 183 de la OIT – Sobre Protección de la Maternidad (2000), en su artículo 8 señala que:

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. (Organización Internacional del Trabajo, 2000)

Consecuentemente, el término de la relación laboral fundado en el estado de gestación de la trabajadora no constituiría una causa justa, sino un acto discriminatorio, que conforme lo ha establecido la jurisprudencia nacional e internacional, constituye una discriminación por razón de sexo, toda vez que ésta clase de discriminación comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino también en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que por razones obvias incide de forma exclusiva sobre las mujeres.

En consecuencia, el derecho de no discriminación, al constituir un derecho fundamental, los cuáles operan en toda etapa de la relación laboral, incluyendo al período de prueba, el empleador al hacer un uso arbitrario de la facultad extintiva con la que goza en dicha etapa fundado en el estado de gestación de la trabajadora desembocaría en un acto discriminación por razón de sexo en contra de la trabajadora, lo cual se encuentra

tajantemente prohibido con la legislación nacional e internacional.

### **2.3.3. Derecho a la seguridad social**

El derecho a la seguridad social tiene como uno de sus pilares fundamentales al principio de universalidad, por lo que la libertad de acceso a las prestaciones de salud y pensiones tiene clara relación con éste, pues entiende que toda persona en situación de necesidad tiene derecho a ser protegido por el Sistema de Seguridad Social, de lo cual en una interpretación vaga se podría decir que aparentemente dicha expresión limitaría el derecho a la seguridad social, puesto que exige un estado de necesidad, pero dicha situación no es así, debido a que lo único que se hace es dejar en claro el requisito para el ejercicio del derecho, pero su titularidad la posee toda persona.

Siendo así, el jurista Willman Meléndez Trigoso, en uno de sus libros publicados, señaló que “el derecho a la seguridad social ha sido definido como el conjunto de actividades de la sociedad, para prevenir los riesgos sociales y reparar sus efectos, integrados en un sistema de políticas, normas, administración, procedimientos y técnicas” (Meléndez Trigoso).

Bajo este orden de ideas, es factible afirmar que son dos los argumentos justificantes del derecho a la seguridad social: a) el derecho a la salud, y b) el derecho a una pensión. Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional, en el punto 2 de los Fundamentos de la sentencia expedida en el Exp. No. 3599-2007-AA/TC, señala que el derecho a la salud posee una doble dimensión:

- a) El derecho de todos los miembros de una determinada comunidad de no recibir por parte del Estado un tratamiento que atente contra su salud y b) El derecho de exigir del Estado las actuaciones necesarias para el goce de parte de los ciudadanos de servicios de calidad en lo

relacionado a la asistencia médica, hospitalaria y farmacéutica (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2007).

Criterio jurisdiccional del cual se infiere que la primera dimensión, muestra una obligación de respeto por parte del Estado; mientras que la segunda dimensión, establece una obligación de satisfacción, en tanto se orienta a garantizar y promover acciones dirigidas al goce del derecho a la salud de todo ciudadano.

En cuanto al derecho a una pensión, nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia expedida en el Exp. No. 23-2007-AI/TC, ha señalado que “las pensiones no son propiamente remuneraciones, puesto que se trata de un derecho que responde a una justificación y naturaleza distintas a la remuneración” (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2008).

Sobre el particular, nuestro Tribunal Constitucional logra establecer un criterio a favor de la universalidad de las pensiones, ello en tanto que, el vincular el acceso a las pensiones, con la obtención de una remuneración y sus correlativas aportaciones, genera que dicho derecho sólo sea de posible ejercicio para aquellas personas que a su vez se encuentran en facultades de acceder a otro derecho social, como es el derecho al trabajo.

Efectivamente, éste derecho social, cuenta con reconocimiento supraconstitucional, empezando con la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 22, expresamente indica que todas las personas como miembro de una sociedad tienen derecho a la seguridad social. Seguidamente, tenemos al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su artículo 9 reconocen al referido derecho social. Y, respecto a un tratado internacional que busca de manera específica la protección de la mujer, se tiene a la Convención

sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que en el inciso e) del numeral 1 de su artículo 11, reconoce el aludido derecho fundamental.

Éste derecho fundamental ha sido desarrollado ampliamente en el Convenio No. 102 de la OIT – Sobre la Seguridad Social (1952), ratificado por nuestro país el 23 de Agosto de 1961, por lo cual, nuestro Estado al percibir su reconocimiento de derecho humano, le otorgó reconocimiento constitucional, el cual ha sido desarrollado del artículo 10 al 12 de nuestra carta magna.

En consecuencia, el empleador al incurrir en un uso arbitrario de la facultad extintiva con la que goza en el período de prueba, fundado en el estado de gestación de la trabajadora, lesiona no quizás de manera directa, pero si de forma indirecta (a futuro) al derecho a la seguridad social; toda vez que, impediría el acceso de la trabajadora gestante a las prestaciones económicas que brinda Essalud, consistente en el subsidio por maternidad y lactancia, chequeos médicos, y el acceso a una pensión, ya sea del sistema nacional de pensiones o el sistema privado de pensiones.

### 2.3. Definición de términos básicos

- **Período de prueba:** Es aquel breve período, que conforma la etapa inicial del contrato de trabajo, en el cual, el empleador evalúa las aptitudes y conocimientos del trabajador, a fin de verificar, si son las requeridas para el puesto de trabajo a ocupar; y por el lado del trabajador, éste comprueba si el empleador cumple con las condiciones de trabajo, y obligaciones laborales pactadas en el contrato de trabajo, así como las previstas normativamente. Siendo así, durante dicha etapa inicial del contrato de trabajo, ambas partes gozan con la facultad de dar por terminada la relación en cualquier momento, sin la necesidad de expresar y fundamentar la causa que lo motiva, y sin que la misma genere algún tipo de responsabilidad.



- **Estabilidad laboral reforzada:** Es una corriente doctrinaria, instaurada por la jurisprudencia colombiana, consistente en que, bajo ningún supuesto una trabajadora embarazada puede ser despedida por razón de su maternidad. En ese sentido, su protección tiene que ser eficaz y efectiva, motivo por el cual su regulación y aplicación está sometida a un control constitucional estricto, puesto que, no es suficiente que el ordenamiento jurídico asegure un ingreso remunerativo a las trabajadoras embarazadas, sino también es necesario proteger efectivamente su derecho al trabajo.
- **Estado de gestación:** También conocido con el nombre de estado de embarazo o gravidez (del latín gravitas), es aquel período de tiempo que transcurre entre la fecundación del óvulo por el espermatozoide, y el momento del parto; comprende todos los procesos fisiológicos de crecimiento y desarrollo del feto en el interior del útero materno, así como los importantes cambios fisiológicos, metabólicos e incluso morfológicos que se producen en la mujer encaminados a proteger, nutrir y permitir el desarrollo del mismo.
- **Despido nulo:** Constituye una tipología de despido ilegal dentro de nuestro ordenamiento jurídico, que consiste en la transgresión de los derechos fundamentales que se le reconocen al trabajador como tal, y como ciudadano y persona. Siendo así, el artículo 29 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, tipifica los supuestos, bajo los cuáles un despido sería catalogado nulo, los cuáles están destinados a proteger los siguientes derechos i) la discriminación antisindical; ii) la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole; iii) el estado de embarazo de la trabajadora; y iv) el ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional. En consecuencia, al ser, éste tipo de despido ilegal lesivo de derechos fundamentales, nuestro ordenamiento jurídico le ha otorgado la máxima tutela, consistente en la tutela restitutoria, mediante la cual, el trabajador afectado obtiene su reposición o readmisión a su centro de trabajo, y el pago de sus remuneraciones devengadas (remuneraciones dejadas de percibir computados desde la fecha de su cese laboral hasta su efectiva reincorporación).
- **Despido arbitrario:** Constituye una tipología de despido ilegal dentro de nuestro ordenamiento jurídico, que se configura cuando se produce cualquiera

de las siguientes situaciones: i) cuando el empleador no expresa la causa justa de despido; ii) cuando no se cumple con las formalidades establecidas para el despido (procedimiento); y iii) cuando el empleador imputa causa justa, pero judicialmente se demuestra que ésta no existe, o no era de tal magnitud que permitiría la configuración de falta grave.

- **Presunción legal:** En la ciencia jurídica del Derecho, se denomina presunción, a aquel mecanismo legal automático, que considera que un determinado hecho o acontecimiento, se entiende probado simplemente por darse los presupuestos para ello; la necesidad de establecer presunciones tiene su sustento en la seguridad jurídica. Siendo así, normalmente se establece, que la persona que alega algo en un juicio debe probarlo, pero también se establecen presunciones específicas que derivan directamente de la ley; en consecuencia, algunas de las presunciones derivan de los derechos fundamentales acogidos dentro de nuestro ordenamiento jurídico. De tal manera, la presunción “iuris tantum”, también llamada presunción legal relativa, es aquella que se establece por ley, y que admite prueba en contrario; es decir, permite probar la inexistencia de un hecho o derecho, a diferencia de las presunciones “iuris et de iure”, conocida también con el nombre de presunción legal absoluta, y que operan de pleno y absoluto derecho, razón por la cual no admite prueba en contrario.
  
- **Abuso del derecho:** Consiste, en aquella situación que se produce cuando el titular de un derecho subjetivo actúa de modo tal, que su conducta concuerda con la norma legal que concede la facultad, pero su ejercicio resulta contrario a la buena fe, la moral, las buenas costumbres o los fines sociales y económicos del Derecho. Asimismo, constituye abuso del derecho, cuando el accionar, de quien en el ejercicio regular de un derecho actúa con culpa o dolo, sin utilidad para sí y causa daños a terceros.
  
- **Costos laborales:** Son aquellos egresos en los que incurre el empleador para el inicio, mantenimiento y extinción del contrato de trabajo; entre los cuales tenemos al pago de la remuneración, beneficios sociales, seguro de vida, indemnizaciones, entre otros. Asimismo, el trabajador también incurre en egresos durante la vigencia de su contrato de trabajo, razón por la cual es

factible afirmar que dichos egresos también se encuentran dentro de la concepción de costos laborales, lo cual se ve traducido en el descuento mensual que su empleador efectúa de su remuneración para el pago de su aporte al Sistema Nacional de Pensiones o Sistema Privado de Pensiones, así como para el pago del impuesto a la renta de quinta categoría.

- **Derechos fundamentales:** Los derechos fundamentales, son aquellos derechos humanos que se encuentra positivizados en un ordenamiento jurídico; es decir son el conjunto de derechos y libertades ligados a la dignidad de la persona humana dentro del Estado y de la sociedad, razón por la cual en todo ordenamiento jurídico se encuentran reconocidos por la norma constitucional.
- **Derecho al trabajo:** Considerado un derecho humano de segunda generación, puesto que se encuentra dentro del listado de derechos económicos, sociales y culturales. En efecto, al encontrarse positivizado en el artículo 22 de nuestra Constitución Política, constituye un derecho fundamental de toda persona; siendo así, el contenido esencial de este derecho implica dos aspectos: i) el derecho de acceder a un puesto de trabajo; y ii), el derecho a no ser despedido, sino por causa justa vinculada a su conducta o capacidad.
- **Derecho a la no discriminación:** Considerado un derecho humano de primera generación, toda vez que se encuentra dentro del listado de derechos civiles y políticos. En efecto, al encontrarse positivizado en el inciso 2) del artículo 2 de nuestra Constitución Política, constituye un derecho fundamental de toda persona de no ser discriminada por cualquier motivo, el fundamento de este derecho es la dignidad humana. Asimismo, este derecho forma parte del principio de igualdad; siendo así, el derecho a la no discriminación es una norma común en los principales tratados de derechos humanos, así como en las constituciones de los Estados, puesto que se le considera un derecho que va más allá de lo jurídico, cuya función es que todas las personas pueden gozar de todos sus derechos humanos en condiciones de igualdad.
- **Derecho a la seguridad social:** Considerado un derecho humano de segunda generación, toda vez que se encuentra dentro del listado de derechos

económicos, sociales y culturales. En efecto, al encontrarse positivizado en los artículos 10, 11 y 12 de nuestra Constitución Política, constituye un derecho fundamental que es inherente a toda persona, por el sólo hecho de serlo. Siendo así, el derecho a la seguridad social, ha sido definido como el conjunto de actividades de la sociedad, para prevenir los riesgos sociales y reparar sus efectos, integrados en un sistema de políticas, normas, administración, procedimientos y técnicas. Éste derecho social, tiene como uno de sus pilares fundamentales al principio de universalidad; puesto que, la libertad de acceso a las prestaciones de salud y pensiones tienen clara relación con éste, pues se entiende que toda persona en situación de necesidad tiene derecho a ser protegido por el Sistema de Seguridad Social.

## CAPÍTULO 3. HIPÓTESIS

### 3.1. Formulación de la hipótesis

La extinción de la relación laboral por decisión arbitraria del empleador durante el período de prueba, lesiona los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada, toda vez que vulnera su derecho al trabajo, a la no discriminación por razón de sexo, y a la seguridad social.

### 3.2. Operacionalización de variables

VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIONES	SUB DIMENSIONES	ITEMS
Los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada	Conjunto de derechos reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico, destinados a la protección de la trabajadora embarazada en una relación de trabajo; y que limitan las prerrogativas con las que goza el empleador, como parte fuerte en la relación laboral.	Derechos fundamentales de la trabajadora embarazada  Protección de la trabajadora embarazada	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Derecho al trabajo</li> <li>- Derecho a la no discriminación por razón del sexo</li> <li>- Derecho a la seguridad social</li>   <li>- Estabilidad laboral reforzada</li> <li>- Limitaciones a las prerrogativas del empleador</li> </ul>	<p>¿De qué manera se afecta el derecho al trabajo de una trabajadora embarazada durante la etapa del período de prueba?</p> <p>¿Cómo es que el derecho a la no discriminación por razón del sexo de una trabajadora gestante se afecta durante la etapa del período de prueba?</p> <p>¿Debido a que el derecho a la seguridad social de una trabajadora embarazada se afecta durante la etapa del período de prueba?</p> <p>¿En nuestra realidad jurídica se aplica la estabilidad laboral reforzada en el período de prueba?</p> <p>¿Existen límites a las prerrogativas que goza el empleador durante la etapa del período de prueba?</p>
La extinción de la relación laboral por decisión del empleador durante el	El empleador se encuentra facultado de extinguir la relación laboral durante la etapa inicial del contrato de	Período de prueba en el contrato	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Naturaleza jurídica</li> <li>- Legislación comparada</li> </ul>	<p>¿Cuál es la naturaleza jurídica del período de prueba?</p> <p>¿Qué legislación comparada regula de la manera más favorable a</p>

<p>período de prueba.</p>	<p>de trabajo; es decir durante la fase del período de prueba, sin la necesidad y/o obligación de manifestar, ni acreditar la causa que motiva su decisión, y sin que la misma genere algún tipo de responsabilidad, toda vez que, el trabajador adquiere protección contra el despido arbitrario una vez superado el período de prueba.</p>	<p>trabajo</p> <p>Extinción de la relación laboral por decisión del empleador</p>	<p>- Abuso del derecho</p> <p>- Despido individual por causa justa</p> <p>- Despido arbitrario</p> <p>- Despido nulo</p>	<p>favor del trabajador la etapa del período de prueba?</p> <p>¿Cuándo el empleador incurre en abuso del derecho durante la etapa del período de prueba?</p> <p>¿En qué debe fundarse la causa justa para la validez del despido?</p> <p>¿Es lo mismo hablar de despido arbitrario que de despido nulo?</p> <p>¿En qué consiste la protección que se le brinda a la trabajadora embarazada en el despido nulo?</p>
---------------------------	--	---	--	--

## **CAPÍTULO 4. MATERIALES Y MÉTODOS**

### **4.1. Tipo de diseño de investigación.**

Transeccional o transversal: Descriptiva Correlacional-causal, porque describirá la relación existente entre la variable independiente y la variable dependiente en un momento determinado.

### **4.2. Material de estudio.**

#### **4.2.1. Unidad de estudio.**

La sentencia nacional expedida por nuestro Tribunal Constitucional, y las sentencias emitidas por los Órganos Jurisdiccionales extranjeros, que analizan el contexto en que se desenvuelve la extinción de la relación laboral por decisión del empleador de una trabajadora embarazada durante el período de prueba.

#### **4.2.2. Población.**

La sentencia nacional expedida por nuestro Tribunal Constitucional, y las sentencias emitidas por los Órganos Jurisdiccionales extranjeros, que analizan el contexto en que se desenvuelve la extinción de la relación laboral por decisión del empleador de una trabajadora embarazada durante el período de prueba.

#### **4.2.3. Muestra.**

La sentencia recaída en el Expediente No. 2456-2012-AA/TC, emitida por el Tribunal Constitucional Peruano; la sentencia recaída en la causa No. 104.019, expedida por la Sala Segunda Suprema de la Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza; la sentencia T-513/08, emitida por la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional; la sentencia No. 144/2014, expedida por el Juzgado de lo Social No. 26 de los de Madrid; y la sentencia No. 173/2013, emitida por el Tribunal Constitucional Español.

La muestra de la presente investigación es de tipo no probabilística, toda vez que, la elección de los elementos integrantes de la ella depende de las condiciones que permiten hacer el muestreo.

**Criterios de Inclusión:**

- ✓ Extinción de la relación laboral por decisión del empleador de una trabajadora embarazada durante el período de prueba.
- ✓ Pronunciamiento jurisdiccional favorable para el empleador.
- ✓ Pronunciamiento jurisdiccional favorable para la trabajadora embarazada.

**4.3. Técnicas, procedimientos e instrumentos.**

**4.3.1. Para recolectar datos.**

**Técnicas**

- **Entrevista:** Se recurrió a dicha técnica, con el objetivo de recopilar doctrina, criterios, opiniones, y, jurisprudencia nacional y comparada, mediante la conversación profesional con los entrevistados; la cual estuvo dirigida a Magistrados de los Juzgados Laborales de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, y especialistas en materia laboral de la ciudad de Trujillo.
- **Análisis de Contenido:** Se recurrió a la suscrita técnica, con la finalidad de obtener información doctrinaria, legislativa, y, jurisprudencial nacional y comparada, mediante el uso de fichas bibliográficas, para así poder estructurar la temática de la presente investigación.
- **Estudio de Caso:** Se recurrió a la mencionada técnica, a fin de analizar los pronunciamientos judiciales que han emitido los Órganos Jurisdiccionales respecto al tema de investigación.

**Instrumentos**

- **Fichas Bibliográficas:** Instrumento que permitió analizar los datos obtenidos, mediante el uso de fichas de registro textual y parafraseo, las mismas que contienen la temática de la presente



investigación, así como las opiniones, y criterios de los doctrinarios, y, la jurisprudencia nacional y comparada, en relación a las instituciones jurídicas a desarrollar, y el tema materia de investigación.

- **Guía de Entrevista:** Instrumento que permitió analizar la información recolectada en las entrevistas efectuadas a los Magistrados de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, y especialistas en materia laboral, de la ciudad de Trujillo; a fin de obtener criterios, opiniones e información empírica y jurisprudencial, respecto al tema de la presente investigación.
- **Guía de Estudio Caso:** Instrumento que permitió analizar el contexto en que se produjo la terminación de la relación laboral por decisión del empleador, de las trabajadoras embarazadas durante el período de prueba, que hayan acudido al Órgano Jurisdiccional, a fin de ejercer su derecho a la tutela resarcitoria o restitutoria. En ese sentido, por medio de éste instrumento, también se analizó los pronunciamiento de los Órganos Jurisdiccionales, en torno a la situación estudiada en la presente investigación.

#### 4.3.2. Para analizar información.

##### Técnicas

- **Método de Análisis – Síntesis:** Se aplicó éste método, a fin de poder evaluar, de manera separada cada uno de los componentes de la realidad del tema a investigar, así como evaluar, de manera ordenada y sistematizada la información obtenida de la bibliografía recaudada en la presente investigación.
- **Método Hermenéutico:** Se empleó el referido método, para la correcta interpretación de la doctrina, legislación y jurisprudencia nacional y comparada sobre el tema materia de investigación.

- **Método Deductivo:** Se aplicó el mencionado método, toda vez que, la temática de la presente investigación se planteó de las instituciones jurídicas generales a las específicas.
- **Sistema Microsoft Ms Office 2010:** Se utilizó esta herramienta informática, con la finalidad de procesar el contenido e información temática y empírica obtenida.

### **Instrumentos**

- **Programa Word 2010:** Se utilizó el presente programa, a fin de efectuar el procesamiento de texto.
- **Programa Power Point 2010:** Se recurrió a dicho programa, con la finalidad de presentar la investigación de una manera didáctica y entendible.

## CAPÍTULO 5. RESULTADOS

### 5.1. Del Análisis de Contenido:

El período de prueba constituye aquella etapa inicial del contrato de trabajo, durante el cual, el empleador evalúa las aptitudes y el comportamiento del trabajador, con el único objetivo de verificar si se encuentra apto para desarrollar a cabalidad las funciones que implica el cargo para el que fue contratado, y por parte del trabajador, comprobar si el empleador cumple de forma oportuna con sus obligaciones laborales pactadas en el contrato de trabajo y las previstas en las normas laborales.

Durante el período de prueba, tanto empleador como trabajador gozan con la facultad de extinguir la relación laboral sin expresión ni acreditación de causa y sin que la misma le genere algún tipo de responsabilidad; en ese sentido, circunscribiéndonos en la relación laboral de una trabajadora gestante, el empleador sería el más beneficioso en usar la referida facultad, toda vez que la noticia del estado de gestación de la trabajadora es recepcionada por éstos de forma negativa, ya que dicha situación le generaría mayores costos laborales; más aún, si la legislación interna le permite, por lo que aparentemente sería legal su actuar.

Sin embargo, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en el artículo 10 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, faculta al empleador a dar por terminada la relación laboral durante el período de prueba, sin manifestar el motivo, y sin que el mismo le genere algún tipo de responsabilidad. Al respecto, la jurisprudencia internacional, específicamente la de Colombia, España, Argentina y Costa Rica, enfatizando que nuestra legislación es parecida a la de dichos países, han sido unánimes en establecer que la referida facultad del empleador no puede lesionar los derechos fundamentales, los mismos que constituyen el límite al poderío del empleador, por lo que, aun encontrándose la relación laboral sujeta a período de prueba, los derechos fundamentales se encuentran vigentes, y más aún, si se trata de una trabajadora gestante, puesto que la misma, forma parte de un sector históricamente y socialmente vulnerable de la población laboral, por lo que requiere de una especial atención y protección.

En este orden de ideas, la jurisprudencia comparada también refiere que, el actuar irregular del empleador en el período de prueba, constituiría un abuso del derecho, situación desprovista por todo ordenamiento jurídico. Asimismo, indican que durante el período de prueba es factible que la presunción legal (nulidad del despido) contemplada en el despido nulo pueda ser aplicada; siempre y cuando, la trabajadora gestante aporte un indicio de haber sufrido un acto discriminatorio por parte del empleador, que sería la comunicación previa a la extinción de la relación laboral del estado de gestación, del cual se infiere que dichos países optan por la teoría de la “prueba indiciaria”; haciendo la precisión, que su misma jurisprudencia refiere, que cuando el embarazo es notorio, no se necesita la comunicación previa.

Por su lado, Colombia y Costa Rica, son los países que mayor protección le brindan a la trabajadora gestante, tal es así que, Costa Rica por medio de su jurisprudencia, refiere que la trabajadora embarazada no se encuentra obligada a comunicar su estado antes de ser contratada, ni durante la relación laboral, ya que además de ser un aspecto íntimo, el mismo podría significar un impedimento para obtener el empleo o generar algún tipo de discriminación en el trabajo. Y, por su lado, Colombia es propulsora de diversas teorías, tales como, la teoría de la “estabilidad laboral reforzada”, el “fuero de maternidad” y el “fuero laboral constitucional”, instituciones jurídicas que poseen peculiaridades y requisitos distintos, pero que, en su conjunción buscan la protección de la trabajadora gestante, aún cuando su relación laboral se encuentre sujeta a período de prueba.

En efecto, dentro del término derechos fundamentales, se encuentran abarcados los derechos fundamentales específicos laborales y los derechos fundamentales inespecíficos laborales; por lo que en la presente investigación, se identificó tres (03) derechos fundamentales, latentes a ser lesionados con el actuar arbitrario y/o discriminatorio del empleador, que vendrían a ser: El derecho al trabajo, a la no discriminación y a la seguridad social. Que, dentro del marco legal revisado, se aprecia la existencia de Convenios Internacionales de la OIT destinados a la protección a la maternidad (Convenios No. 03, 103 y 183), el convenio que desarrolla abiertamente la discriminación (Convenio No. 111), el convenio que desarrolla el derecho a la seguridad social (Convenio No. 102), y el convenio que desarrolla todo lo relacionado a la terminación de la relación de trabajo (Convenio No. 158); así también, en cuanto a un tratado internacional específico protector de

la mujer, se tiene a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, y respecto a los tratados internacionales que versen sobre Derechos Humanos, se tiene a la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Asimismo, en ese mismo lineamiento, se aprecia, que la legislación argentina, española y colombiana, son las que desarrollan la institución jurídica del período de prueba de una forma más amplia, estableciendo, que el mismo, debe contar por escrito, puesto que, caso contrario se entendería que el empleador decidió no recurrir a dicho período, de la misma manera prevén, que el derecho a la seguridad social, opera aún pese a encontrarse el trabajador en período de prueba, por lo que tienen derecho a la prestaciones económicas de salud hasta la finalización del referido período; y, por último, establecen legalmente sanciones para el uso abusivo del período de prueba. Marco legal, al cual debe añadirse, que nuestra Constitución Política, en su artículo 23, reconoce que el Estado brinda una especial atención y protección a la madre trabajadora, por lo cual, también indica, que ninguna relación de trabajo debe limitar el ejercicio de los derechos fundamentales, ni desconocer o rebajar la dignidad humana.

## 5.2. De las Entrevistas:

Se ha procedido a realizar una entrevista de cuatro preguntas, relacionadas a las aristas que engloba el tema de investigación, a fin de obtener las opiniones, criterios y experiencias profesionales de los siguientes especialistas:

- Dr. Dany Robert Llaque Huaman: Abogado Junior del Área Laboral del Estudio Tuesta & Sedano Abogados S. Civil de R.L.
- Dr. José Miguel Saldarriaga Medina: Juez Supernumerario del Primer Juzgado de Paz Letrado Laboral de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.
- Dra. Nelly Key Munayco Castillo: Juez Supernumerario del Tercer Juzgado Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.

- Mg. Eduardo Pacheco Yépez: Presidente de la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.
- Mg. Ricardo Miranda Rivera: Juez Superior Provisional de la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.

Preguntas / Entrevistados	Dany Robert Llaque Huaman	José Miguel Saldarriaga Medina	Nelly Key Munayco Castillo	Eduardo Pacheco Yépez	Ricardo Miranda Rivera
<b>Pregunta No. 01: ¿Cree Usted, que la facultad del empleador consistente en extinguir la relación laboral de manera unilateral sin expresión ni acreditación de la causa durante la etapa del período de prueba, deba ser usada de manera irrestricta ante la situación de embarazo de una trabajadora?</b>	Esta figura legal no debe ser usada para una aplicación indebida, pero muchas veces en la realidad se da una aplicación de mala fe, por parte del empleador, puesto que estos en el desarrollo de las relaciones laborales usan argucias legales ante la deficiencia a veces de la normativa de aplicar ciertos preceptos legales, con el fin de despedir a sus trabajadoras que han resultado embarazadas, todo ello con la finalidad de no verse perjudicado y abaratar los costos laborales que les genera una trabajadora embarazada.  Con la aplicación indebida de	Debemos partir de dos supuestos por lo menos para analizar este sistema, en primer lugar el derecho de optar que tiene el empleador durante el período de prueba, es decir el empleador no debe ser obligado a contratar a un trabajador a plazo indeterminado, porque justamente el período de prueba sirve para verificar las capacidades y condiciones del trabajador, así como que el trabajador se aclimate a la empresa, eso por un lado, por eso no es un período de prueba como tal, sino un contrato de prueba que va adicionar a la relación laboral; y lo otro es tener en cuenta ese derecho versus al derecho a la protección de un	El Decreto Supremo No. 003-97-TR prevé que en los períodos de prueba, el plazo más corto es el de tres meses, que los trabajadores que superen el período de prueba adquieren estabilidad frente al empleo, ese período de prueba es precisamente el que permite al empleador tomar conocimiento o llegar a saber si es que ese trabajador le va hacer productivo y le va a servir para los fines empresariales, a hora bien la pregunta está dirigida a los casos de las trabajadoras embarazadas.  Mi posición sería de que la única manera que	Se tiene que establecer dos cuestiones fundamentales, hay una norma constitucional y una norma legal, en la norma constitucional, establecida en el artículo 23 se establece que el trabajo es objeto de protección del Estado pero dentro del trabajo en general hay 3 categorías de trabajadores que tienen un plus de protección, y entre esas categoría esta la madre que trabaja, y si estamos hablando de una trabajadora embarazada, estamos hablando de una madre trabajadora; entonces tenemos la norma constitucional del artículo 23 que le da a la madre trabajadora un plus de protección, una protección calificada frente	En primer lugar hay que atender cual es la finalidad de período de prueba, desde el punto de vista empresarial es el que genera el puesto de empleo y el que genera una contratación al margen de la modalidad de contratación laboral, que es un período donde ratifica el empleador, ratifica todo un proceso de selección de personal, entiendo que en ese momento la trabajadora si sabe que que está embarazada debe declarar en esa selección, la otra arista es que el período de prueba también sirve para capacitación, otro tema es el aclimatamiento para el puesto de empleo; entonces desde esa perspectiva enfocándolo a su pregunta creo que el tema de manejo de ese período de prueba que antiguamente por el derecho clásico

	<p>esta figura, los empleadores vulneran derechos fundamentales que están consagrados y protegidos en nuestra Constitución Política, así como en los tratados internacionales, en los cuales el Perú forma parte, y que constituyen parte de los derechos humanos; concluyendo no soy de la opinión de que este precepto pueda ser utilizado de manera indiscriminado por los empleadores.</p>	<p>derecho fundamental, en este caso el derecho a la mujer de procrear, el derecho al respeto de la condición de madre, además desde ese punto de vista en primer lugar debería haber una compatibilización entre dichas situaciones, siendo así, no debería ser irrestricta la facultad del empleador de extinguir simplemente la relación laboral durante el período de prueba cuando la causa de extinción tenga que ver con el estado de gravidez.</p>	<p>esta trabajadora podría cuestionar el cese durante ese período de prueba, es que se acredite mediante presunciones, indicios y otros medios de pruebas, de que el empleador tuvo conocimiento del estado de gestación de su trabajadora, y que aun así procedió a cesarla en el plazo de prueba, en esos casos si podría alegarse una nulidad de despido, pero si es que el empleador no tuviese ese conocimiento y cesara la relación laboral porque esa trabajadora a pesar de encontrarse en estado de gestación no le resulta productiva no habría ninguna sanción para la empresa.</p>	<p>a cualquier otro trabajador que no tenga esta calidad, frente al artículo 10 que establece el período de prueba que es una norma infraconstitucional, una norma legal que prácticamente le da facultad al empleador para extinguir la relación laboral con cualquier trabajador dentro del período de prueba legal o convencional, correcto entonces tenemos una norma constitucional y una norma legal, si bien como vuelvo a repetir el empleador dentro de la subordinación y facultado por la Ley le permite hacer uso de una separación ad nutum de un trabajador, no creo ni debe ser así de que el empleador debe utilizar esta facultad arbitrariamente, porque si la utiliza arbitrariamente estaría de una u otra forma vulnerando un derecho fundamental doblemente protegido por la Constitución del Estado, entonces</p>	<p>decía que era un período en donde el empleador podría prescindir de forma irrestricta de los servicios del trabajador, o en este caso de la trabajadora gestante, pero frente al actual derecho postmoderno, y más aún en el desarrollo de un Estado constitucional es innegable que esa facultad ha venido a restringirse para hacer efectivo a través de la relación laboral los derechos fundamentales, no tan solo de la trabajadora, sino también del futuro ser del no nacido, entonces a mi parecer en este momento no es irrestricto, tiene unos límites, límites que si él conoce de la envergadura no obstante encontrándose en período de prueba, debe decir las causas porque se separa al margen del tema de gestación.</p>
--	--	--	--	--	---

				<p>la proyección, la expectativa, la posibilidad de modificar legislativamente este artículo estaría orientado a que esa facultad del empleador no pueda ser utilizada discriminatoriam ente, sino que el empleador antes de tomar una decisión tendrá que determinar si la trabajadora está embarazada o no para lo cual deberá tener o contar la prueba de tal situación; y, siempre y cuando la embarazada no cometa falta grave.</p>	
--	--	--	--	--	--



Preguntas / Entrevistados	Dany Robert Llaque Huaman	José Miguel Saldarriaga Medina	Nelly Key Munayco Castillo	Eduardo Pacheco Yépez	Ricardo Miranda Rivera
<p><b>Pregunta No. 02: ¿Cómo cree Usted que deberían actuar los empleadores durante la etapa del período de prueba frente a la situación de embarazo de una trabajadora?</b></p>	<p>Los empleadores tienen que actuar obviamente de buena fe en la relación laboral, debe regirse por el principio de buena fe de ambas partes; y por lo tanto, los empleadores deben actuar muy sigilosamente con una buena asesoría. Aquí se cumple una doble función, ya que no sólo el empleador privado, sino también, el Estado a través de sus sectores competentes como el Ministerio de Trabajo, deben capacitar o difundir cuales son los derechos que tienen las trabajadoras gestantes en nuestro sistema jurídico; entonces solo así con una adecuada difusión, es que tanto empleadores como trabajadores tomarían de una manera más minuciosa esta tipología legal; pero sin</p>	<p>El empleador debería motivar su decisión de extinguir el contrato de trabajo durante el período de prueba cuando se trata de una trabajadora en estado de gestación evidente, porque la primera idea que le puede venir a uno en la cabeza, es que como estaba gestando, allí nada más se produce la extinción del contrato de trabajo; entonces debe haber una relación entre la situación protegida constitucionalmente como es la madre trabajadora y el acto distintivo del contrato de trabajo, desde ese punto de vista, a mí parecer para evitar cualquier contingencia de una eventual lesión a un derecho fundamental y por lo tanto a un sistema reparativo que puede ser la reposición o la indemnización para esa trabajadora, para evitar ello</p>	<p>Aquí la pregunta da entender que el empleador tiene conocimiento del estado de gestación de la trabajadora, en esos casos razonable y prudencialmente podría suspenderse ese período de prueba hasta que culmine el estado de gestación y retomarse el período de prueba, porque teniendo conocimiento del estado de su trabajadora incurriría a pesar que se encuentra en periodo de prueba en una nulidad de despido, por cuanto tampoco no se podría saber por la prueba diabólica si el cese de dicha trabajadora se debió efectivamente a que no rendía como tal o al estado de gestación que ya el empleador tenía conocimiento, entonces en ese sentido lo que se</p>	<p>Entiendo que estamos en un período de prueba legal que es 3 meses, lo que significa que el empleador conoce del estado de embarazo y si la admitió en una relación laboral, tiene que respetar ese derecho, como decíamos al responder en la primera pregunta sobre la protección que brinda nuestra Constitución Política, no con diferencias ni discriminación frente a una trabajadora mujer no embarazada, pero si con el debido respeto, sobre todo considerando su estado de embarazo, una potencial madre protegida por el artículo 23 de la Constitución del Estado; de tal manera que debería dejarse de lado cualquier situación de arbitrariedad, como vuelvo a repetir salvo falta grave, salvo cierre de disminución de personal debidamente comprobado, podría admitirse</p>	<p>A mi parecer allí el actuar corresponde más a la trabajadora, puesto que basándose en un principio de buena fe laboral y de lo que se viene después, depende de cada organismo de la trabajadora como va hacer la evolución de su embarazo durante los 09 meses, creo que es necesario que ella declare inmediatamente tome conocimiento de su estado de gestación con un documento escrito cierto comunicándole al empleador su estado, y también creo que en estos casos en una reforma legal normativa debería implementarse que el empleador en estos casos debería dar una explicación lógica de causalidad de porque está separando a la trabajadora no obstante estar gestando.</p>

	<p>embargo, en la realidad lo que vemos es que las empresas tratan de abaratar los costos, y prefieren extinguir la relación laboral con las trabajadoras gestantes.</p>	<p>justamente debería enviarse un documento en el cual el empleador sustente la extinción del contrato de trabajo bajo una causa no relacionada directamente con el estado de gravidez de la trabajadora; es decir eliminar cualquier suspicacia o duda que el contrato de trabajo se ha extinguiendo por la condición de la madre trabajadora.</p>	<p>debería regular es la situación en que el empleador suspenda los plazos para poder retomar en forma posterior la gestión de la trabajadora.</p>	<p>una separación de una trabajadora, pero en lo posible evitar cualquier acto arbitrario.</p>	
--	--	---	--	--	--

Preguntas / Entrevistados	Dany Robert Llaque Huaman	José Miguel Saldarriaga Medina	Nelly Key Munayco Castillo	Eduardo Pacheco Yépez	Ricardo Miranda Rivera
<p><b>Pregunta No. 03: ¿Cree Usted, que debe existir una norma legal o apartado normativo destinado a la protección de la trabajadora embarazada durante la etapa del período de prueba?</b></p>	<p>Considero que ante los vacíos que tiene nuestro sistema jurídico y no sólo en el ámbito laboral sino también en el ámbito penal, civil y administrativo, deben aplicarse otros tipos de alternativas legales que podamos tener, y ante la ausencia de una tipificación clara de la norma laboral respecto a la protección que se debe dar a la trabajadora gestante que todavía no haya superado el período de prueba, es ese vacío que existe en el artículo 10 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, ya que allí no está regulado de manera expresa la protección referida, siendo así, ello debería alcanzar a las trabajadoras en período de gestación, pues muchas veces los Jueces no aplican este precepto por que no está detallado de</p>	<p>Creo que podría ser el dispositivo que nosotros tenemos en el artículo 29 de L.P.C.L, que definitivamente establece que si se despide luego de un período tal se presume que el despido es nulo; sin embargo a mi parecer podría haber una disposición, o en todo caso una normatividad reglamentaria en el D.S. No. 001-96-TR y establecer también una pauta para tener cuidado en relación al estado de gravidez de la trabajadora como causa de despido y de manera general dejando el espacio para que el Juez en todo caso pueda actuar si el empleador puede realizar el despido o no.</p> <p>Asimismo, existe una situación que debemos tener en cuenta, establecida en el artículo 10 de L.P.C.L, que indica que no tienen protección ni derecho a indemnización contra el</p>	<p>En todo caso lo que se podría hacer es aclarar la norma, porque en sí ya existe la norma que prevé la protección a las trabajadoras gestantes, pero claro toda protección legal contra el despido es superado el período de prueba; en este caso lo que se podría hacer es aclarar la norma, señalando que durante el período de prueba, si se acreditase que el empleador tenía o tomo conocimiento del estado de gestación no podría cesar por ese argumento a su trabajadora, debiéndose suspender estos plazo hasta la culminación del estado de gestación en este caso sería una aclaración a las normas existentes.</p>	<p>Creo que es una cuestión de interpretación, que más protección tiene la madre trabajadora que la contenida en el primer párrafo del artículo 23 de la Constitución Política del Estado; entonces esta norma, y además con la obligación que tienen los Jueces laborales ahora de resolver sus casos aplicando la norma desde la óptica constitucional, y de los instrumentos internacionales especialmente de la Declaración de los Derechos Humanos entonces eso va a permitir la protección de vida al ser.</p>	<p>A mi parecer, en el tema del período de prueba, el tema garantista es un tema que está a veces en debate, aunque en realidad las normas desde el año 90 casi en América Latina siguen siendo garantista; sin embargo considero que es necesario agregar un apartado normativo en la regularización del período de prueba cuando la decisión pueda afectar derechos fundamentales, entonces considero que allí es dable, no tan sólo por el embarazo, sino hablarse genéricamente cuando en la decisión el empleador tiene conocimiento que podría afectar un derecho fundamental.</p>

	<p>manera expresa; sin embargo hay que tener en cuenta que no solo el Derecho está constituido por la Ley, ya que ésta como la mínima expresión del Derecho, también deberíamos recurrir a otras fuentes de Derecho que son la jurisprudencia y la doctrina, entonces ante los vacíos de esta Ley, debería el Tribunal Constitucional regular, o la Corte Suprema a través de la jurisprudencia dejar muy sentado este tema, respecto que la protección también debería alcanzar a los trabajadores en etapa de gestación que no hayan cumplido o superado el período de prueba, consignado en el artículo 10 de la Ley mencionada.</p>	<p>despido arbitrario cuando no se supere el período de prueba, de tal manera que de una lectura muy sencilla, una trabajadora embarazada, o un minusválido, o uno que tenga una opción política o religiosa, el empleador puede despedirlo en cualquier momento, ya que no tiene protección, en ese sentido esa lectura es contraria a la Constitución, por tanto esa lectura debemos desterrarlo y para hacer ese ejercicio de destierro un poco más sencillo debería existir o podría existir una imposición legal que más o menos le da una pauta al Juez de que si bien es cierto hay un derecho del empleador durante el período de prueba, dicho derecho no es ilimitado, ya que tiene como límite a los derechos fundamentales de la persona, que no dejan de ser tal con los trabajadores.</p>			
--	---	---	--	--	--

Preguntas / Entrevistados	Dany Robert Llaque Huaman	José Miguel Saldarriaga Medina	Nelly Key Munayco Castillo	Eduardo Pacheco Yépez	Ricardo Miranda Rivera
<p><b>Pregunta No. 04: ¿Cree Usted, que la protección que se le brinda a la trabajadora embarazada en el despido nulo debe aplicarse extensivamente a la etapa del período de prueba?</b></p>	<p>Para responder esta pregunta debería en principio hacer una distinción de lo que se entiende entre un despido nulo y un despido arbitrario; en efecto, despido arbitrario es aquel que se da en razón de que no hay una expresión de causa que amerite la extinción de relación laboral; sin embargo en el despido nulo si existe una causa expresa, esta causa en nuestro sistema es una causa nula.</p> <p>Entonces respondiendo en concreto la pregunta que si se debe extender la protección al período de prueba; en efecto considero que si a través del sistema de interpretación sistemática de las normas laborales podía darse esa protección especial que está contenido en el despido nulo, y aplicarse a los</p>	<p>Creo que debería tenerse cuidado el sentido de lo que se busca proteger, que es la condición de madre gestante y el hecho de que no pueda lesionarse sus derechos fundamentales, por que digamos que podría también esconderse tras este tema, situaciones en las cuales, las trabajadoras que están en estado de gestación piensan que por estar así no pueden ser objeto a un estado disciplinario, lo cual no es cierto, ya que la trabajadora que está en estado de gravidez o cualquier trabajador tienen las mismas obligaciones laborales; pero a mi parecer si es necesario cuidando mucho o suscribiendo mucho a la protección de la madre gestante, con esto quiero decir que se debe evitar el despido con una norma muy abierta, ya que puede también darse la impresión que</p>	<p>Retomo con la pregunta anterior, porque todo dependería de que el empleador tomase conocimiento, que pasaría con esas trabajadoras que al ingresar recién comienzan su estado de gestación, pero el estado de gestación al recién comenzar no tiene nada que ver en la forma de desempeñar su labor; sin embargo si se determina que dicha trabajadora no es acorde o no es óptima para desempeñar las labores por las cuales ha sido contratada en todo caso allí se podría utilizar el estado de dicha trabajadora en forma abusiva o arbitraria, lo que se tendría que determinar es que se pruebe o se acredite que el cese de la trabajadora no ha sido por</p>	<p>En una interpretación constitucional si, pero no legalizada, siempre viendo si el empleador actuó con justicia, sin arbitrariedades, respetando su estado, como digo casos extremos, cierre del centro de trabajo, cierre de contrato de trabajo, la falta grave misma de la trabajadora, solo en estos casos se permitiría, el resto se debe evaluar, debe ser una cuestión que debe evaluar el Juez, una interpretación sistemática de las normas internacionales del artículo 23 de la Constitución Política y el período de prueba.</p>	<p>A mi parecer, potencialmente un empleador es un ser humano que viene a través de una mujer y como tal no creo que haya empleadores desnaturalizados, y si los hay no han reflexionado lo suficiente, creo que allí hay un papel filosófico, ético, creo que lo más dable es que un empleador por ser un tema muy privado también del tema de embarazo y creo que la más obligada es la trabajadora en comunicar su embarazo oportunamente y no ocultarlo, y si está en proceso de contratación decirlo, incluso ella allí puede mostrar que lo han discriminado y no le han dado el empleo porque declaro su embarazo y puede acceder al empleo, sería todo un tema de discriminación antes del empleo; y durante el empleo no hay que ocultarlo tiene que decirlo porque ya las implicancias de su labor con respecto allí viene todo un tema y además que llegado un momento si es necesario ella va pasar ser</p>

	despidos que tengan como causa que el empleador haya tomado conocimiento que la trabajadora se encuentra en un período de gestación; por lo tanto así, a mi criterio debería aplicarse hasta que no se determine a través de una Ley expresa o hasta que la jurisprudencia no resuelva este vacío legal que existe.	desde el primer día que pisa el centro de trabajo ya está protegida contra el despido, y no es así, está protegida contra el despido que tiene como su condición de madre.	la culminación del período de prueba, si no que el estado de gestación ha incidido precisamente en la decisión de la empresa para poderla cesarla.		subsidiada en esta caso el seguro social es que va asistirle.
--	---	--	--	--	---

### 5.3. Del Estudio de Casos:

Se ha procedido analizar un total de cinco sentencias, las cuales han resuelto a nivel judicial, las pretensiones de las trabajadoras gestantes, que se han visto perjudicadas tras el cese de su relación laboral, por decisión de su empleador, cuando aún se encontraba en período de prueba.

#### Sentencia No. 01

**País** : Perú  
**Expediente** : No. 2456-2012-AA/TC  
**Juzgado** : Sala Segunda del Tribunal Constitucional  
**Demandante** : Jacqueline Carranza Maza  
**Demandado** : Deutsche Farma S.A.C.  
**Fallo** : Infundada la demanda de Acción de Amparo interpuesta por la demandante

- El Colegiado, señala que antes de analizar si se produjo el alegado despido discriminatorio por la actora, es necesario determinar si ésta llegó a superar el período de prueba, y por ende obtener protección contra el despido arbitrario.

Siendo así, el Colegiado, indica que la actora no ha cuestionado en su demanda de acción de amparo, ni en otra vía, la ampliación del período de prueba, como tampoco ofrece medio probatorio alguno que acredite que dicha ampliación sea fraudulenta; por lo que concluye, que la actora al no llegar a superar el período de prueba convencional, no obtuvo protección contra el despido arbitrario; fundamentos por lo que mediante sentencia de fecha 22.10.2012, resuelve que la demanda de acción de amparo debe ser declarada infundada, ya que no se ha acreditado la vulneración de los derechos constitucionales alegados.

### **Sentencia No. 02**

**País : Argentina**  
**Causa : No. 104.019**  
**Juzgado : Sala Segunda Excelentísima de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza**  
**Demandante : Maria Lucrecia Michieli**  
**Demandado : Valour S.R.L.**  
**Fallo : Rechaza los recursos extraordinarios de Inconstitucionalidad y Casación interpuestos por la demanda; y se Ordena el pago de la indemnización establecida en los artículos 177 y 178 de la Ley de Contrato de Trabajo a favor de la demandante**

- El Colegiado, puntualiza, que el Ad Quo suministra un dato valioso al caso en concreto, que es la razón y/o motivo, que lo convence de desestimar los recursos extraordinarios interpuestos por la parte demandada, consistente, en que el Ad Quo, centro el problema de la siguiente manera: Nos encontramos frente a un ejercicio regular de un derecho o no, concluyendo que existió un ejercicio abusivo por parte de la demandada, situación que la Ley no ampara; toda vez que de los actuados se ha comprobado, que la demandada se apura en comunicar un despido sin causa dos (02) días antes que se venciera el período de prueba, coincidiendo éste proceder con la noticia previa del embarazo de la demandante.



En este orden de ideas, el Colegiado, señala que no representa arbitrario que se le exija a la demandada en el caso de autos, que el despido no tuvo relación con la situación de embarazo de la demandante, la cual se encuentra fehacientemente acreditada su comunicación previa. En consecuencia, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza mediante sentencia de fecha 27.06.2013, resuelve rechazar los recursos extraordinarios de Inconstitucionalidad y Casación interpuestos por la demandada; y Ordena el pago de la indemnización establecida en los artículos 177 y 178 de la Ley de Contrato de Trabajo a favor de la demandante.

### **Sentencia No. 03**

**País : Colombia**  
**Sentencia : T-513/08**  
**Juzgado : Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional**  
**Demandante : Lina Marcela Castro Aguilera**  
**Demandado : Zala Colombia Limitada**  
**Fallo : Revocar el fallo adoptado por el Juzgado Primero Penal Municipal de Bogotá. Ordenar a la demandada que dentro de los cuarenta y ocho horas de notificada la presente sentencia reintegre a la demandante al cargo que venía desempeñando o a uno equivalente en las mismas o mejores condiciones, además la demandada deberá reconocer los salarios dejados de percibir de la demandante durante la interrupción laboral. Ordenar a la demandada que reanude el pago de las cotizaciones a la seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales a favor de la demandante. Ordenar a la demandada que cancele a la demandante la licencia de maternidad que tuviese derecho. Y Prevenir al representante legal de la demandada y a todos sus funcionarios que lo representan en el futuro se abstengan en incurrir en conductas que dieron origen a la presente acción de tutela.**

- El Colegiado, señala que la Constitución Política de su Estado, refiere que éste debe velar por la protección especial a ciertos grupos de persona, que teniendo



en cuenta sus características particulares y posición dentro de la sociedad, pueden ser susceptibles de agresión o discriminación, como es el caso de las mujeres que se encuentran en estado de embarazo. Bajo este contexto, es que cita lo establecido en la sentencia C-470 de 1997: “la mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido y sigue siendo el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobrecostos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas”. En el mismo sentido, cita lo establecido en la sentencia T-291 del 2005: “la estabilidad laboral reforzada es un derecho fundamental que deriva del derecho fundamental a no ser discriminada por ocasión del embarazo, y que implica una garantía real y efectiva de protección a favor de las trabajadoras en estado de gestación”.

- Siendo así, el Colegiado, señala que la mujer por su especial situación, resulta acreedora de una particular protección por parte del Estado, por ser gestadora de vida, ocupa un lugar preferente en la sociedad, que debe ser garantizado por el Estado, como quiera que en ella se integra la defensa de la vida del nasciturus, de la integridad familiar y del derecho a ser madre. Asimismo, el Colegiado, refiere que por presunción legal se entiende que el despido se efectuó por causa del embarazo, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo, o dentro de los 3 meses posteriores al parto, y sin autorización del inspector del trabajo, o del alcalde municipal, en los lugares donde no existiere aquel funcionario, independientemente de la clase de relación laboral que exista; de conformidad con la normatividad interna de Colombia.
- De la misma manera, el Colegiado, señala que la Corte ha sido enfática en señalar, que en tanto exista una relación laboral cualquiera ella sea, es viable que la mujer embarazada tenga derecho a una estabilidad laboral reforzada, como una consecuencia del principio de igualdad; y por ende, su relación laboral no puede quedar, ni suspendida, ni anulada, al punto de que se afecte su condición de mujer en estado de embarazo, toda vez que al margen del tipo de relación laboral que esté operando, durante el período de embarazo, la mujer es acreedora de un derecho especial de asistencia y estabilidad reforzada, que obliga, en el evento de ser despedida, a apelar a una presunción de despido por discriminación en razón del embarazo, siendo el

empleador quien asume la carga de la prueba que sustente el factor objetivo que le permita su despido de manera legal.

- Bajo este contexto, el Colegiado, cita también lo establecido en la sentencia T-978/2004: “Por tanto, el despido durante la vigencia del período de prueba, basado en un tratamiento discriminatorio injustificado, no podrá otorgársele los efectos jurídicos fijados en la legislación laboral para esta clase de actuaciones, por la simple razón que dicha actuación negaría el valor normativo de las cláusulas constitucionales anteriormente mencionadas, derivados del principio de igualdad” (...) Esta solución que impone claros límites al ejercicio de las facultades propias de la vigencia del período de prueba relacionados con la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, no es novedosa, si se tienen en cuenta decisiones anteriores de esta Corporación y Consideraciones tomadas del derecho comparado. Al respecto, las sentencias T-902 del 2000 y T-161 del 2002 que revisaron casos de trabajadoras amparadas por el fuero de maternidad que resultaron despedidas durante su vigencia, declararon que la estipulación de período de prueba dentro del contrato de trabajo era en principio inoponible frente a tal fuero, pues ello ocasionaría un resultado contrario al mandato de protección de los derechos fundamentales de la madre y del recién nacido. Esta posición es análoga a la adoptada por el Tribunal Constitucional Español, quien al determinar la interpretación conforme a la constitución del artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, norma que contiene previsiones normativas sobre el período de prueba muy similares a las antes analizadas del Código Sustantivo del Trabajo, señaló que el ámbito de libertad reconocido por el referido precepto no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales y aunque se trata de una decisión que no es necesario motivar nunca se puede hacer valer, por causas ajenas al propio trabajo, en contra de un derecho fundamental como es el de la igualdad”.
- En consecuencia, el Colegiado, mediante sentencia de fecha 22.05.2008 resuelve revocar el fallo adoptado por el Juzgado Primero Penal Municipal de Bogotá, y en su lugar, ampara los derechos fundamentales de la demandante; por consiguiente, ordena a la demandada, que dentro de los cuarenta y ocho (48) horas de notificada dicha sentencia, reintegre a la demandante al cargo

que venía desempeñando, o a uno equivalente, o superior en las mismas, o mejores condiciones, y que se reanude el pago de las cotizaciones a la seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales.

#### **Sentencia No. 04**

**País : España**  
**Sentencia : No. 144/2014**  
**Juzgado : Juzgado de lo Social No. 26 de Madrid**  
**Demandante : Ana Esperanza Ruiz López**  
**Demandado : Global Sales Solutions Line S.L.**  
**Fallo : Declara la nulidad del despido de la actora. Se Ordena a la demandada readmita a la demandante, y se le condena el pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la readmisión de la demandante**

- El Juzgado, indica que el fondo del asunto es determinar, si el despido alegado por la actora amerita ser calificado nulo, para ello toma en cuenta lo regulado en el numeral 4 del artículo 55 de la LET. En efecto, la parte demandante manifiesta que presenta como indicios de la vulneración de los derechos fundamentales del artículo 14 de la C.E, el hecho que el momento en que se produjo la resolución del contrato, ésta se encontraba en estado de gestación avanzada (29 semanas), por tanto, ésta es la causa real de la resolución del contrato. Frente a ello, la demandada alega que no conocía la razón de la baja laboral, que le consta que es por enfermedad común, pero que ninguna otra motivación conoce; asimismo, indica que la actora no le notifico su embarazo, y en ese sentido, sostiene que la accionante del período inicial de período de prueba, solo estuvo trabajando 10 días, ya que el citado período se interrumpía por baja laboral. Por lo que, a criterio del Juzgador, la empresa si hubiera querido conocer la adaptación de la actora al puesto, podía haber mantenido la relación y terminar el periodo de prueba después de la baja médica; para lo cual, la empresa alega que ha actuado de igual manera con otros dos trabajadores contratados al mismo tiempo que la actora, y en los tres supuestos, se rescindió el contrato de trabajo por no superación del período de prueba.

- El Juzgado, refiere que vistas las posiciones de las partes, y teniendo en cuenta la doctrina constitucional, sobre la no automaticidad, ni objetividad de la nulidad del despido, cuando la trabajadora está en situación de embarazo (salvo que sea procedente el despido). En ese sentido, indica que la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional, en sentencia del 10.10.2013, Recurso 3773/2013 (en pleno), se ratifica la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo; por lo que entiende, que en situaciones de período de prueba, se debe acreditar que la demandada conocía la situación de embarazo, y que no justificar la no superación del período de prueba, se puede concluir en la concurrencia de discriminación; es decir, dicha doctrina exige que la actora deba aportar indicios suficientes de conocimientos de su situación de embarazo, y que la demandada no pueda acreditar razones laborales para el desistimiento, es decir, ajenas a la situación de embarazo.
  
- Bajo este contexto, el Juzgado, señala que del conjunto de los datos aportados por las partes, y la sucesión de los hechos, se acredita que la demandada si conocía de la situación de embarazo de la actora; y ello, en primer lugar por el estado de gestación avanzada de la actora (aun cuando no comunique de forma expresa o escrita dicha situación): son 29 semanas, y por consiguiente más de 6 meses de embarazo; por lo que la actora tuvo que acudir al médico, y este expidió baja médica derivada de esta situación de gestación. Asimismo, porque el 11.09.2013, y mientras la actora seguía en situación de incapacidad temporal, la demanda envía una comunicación de rescisión del contrato por no superación del período de prueba; y en esa comunicación, se afirma que antes de la baja laboral, la empresa tenía decidida la no superación del periodo de prueba.
  
- De la misma manera, el Juzgado, señala que la demandada no actúa de igual forma con los otros dos trabajadores, a los que la demandada también ha rescindido su contrato, y que obtuvieron peores resultados que la actora. Y en tercer lugar, porque el período de prueba quedó suspendido por la situación de incapacidad temporal, motivo por el cual, no se puede aportar el motivo por el que no se continúe en esa fase de comprobación una vez fuera dada de alta.

- En conclusión, el Juzgado, señala que la empresa demandada precipita la resolución del contrato, sin cumplir o utilizar el período de prueba que ella o las partes han establecido; además los hechos antes citados, acreditan que la demandada, si conocía de la situación de embarazo; y eso explica, el porqué de la precipitación de resolver el período de prueba “ante tempus” (sin agotar el período establecido, en suma solo habiendo consumido un tercio del pasado), respecto al resto de trabajadores que si agotaron el mismo.
- En este orden de ideas, el Juzgado, manifiesta que otro elemento necesario para entender que la solución del contrato, no fue por la no superación del período de prueba, habiendo la demandante aportado indicios de que la empresa conocía la situación de embarazo, es que, la demandada debía acreditar que la actora no cumplía con las expectativas establecidas en el contrato de trabajo; para ello, la demandada alega que ha actuado de igual forma con otros dos trabajadores; frente a lo cual, ya se ha analizado que no se produce la misma situación, en tanto que, con aquellos trabajadores se agotó el período de prueba, y por lo tanto, se pudo verificar si cumplían esas expectativas; mientras que con la actora, sólo se agotó un tercio del referido período.
- En conclusión, el Juzgado de lo Social No. 26 de los de Madrid, mediante sentencia de fecha 27.03.2014, resuelve declarar la nulidad del despido de la actora, al haberse vulnerado el artículo 14 de la C.E, al ser la causa o motivo de la resolución del contrato de trabajo el embarazo de la misma, y no la no superación del período de prueba; por lo que ordena a la demandada, que readmita a la demandante, y le condena el pago de los salarios dejados de percibir, desde la fecha del despido hasta la readmisión.

### **Sentencia No. 05**

**País** : España  
**Sentencia** : No. 173/2013  
**Juzgado** : Tribunal Constitucional  
**Demandante** : Nuria Sedeño Ortiz  
**Demandado** : Cobra Instalaciones y Servicios S.A.

**Fallo : Denegar el amparo solicitado por la demandante**

- Éste Tribunal, estimó que la falta de conocimiento del embarazo por la empresa, impide apreciar la existencia de un indicio de discriminación, lo que excluye la calificación de nulidad radical del despido por vulneración del derecho, a no sufrir discriminación por razón de sexo; sin embargo, en la STC 92/2008, éste Tribunal, entendió que el precepto legal aplicado en el art. 55.5.b) LET, establece una garantía absoluta y objetiva de nulidad del despido de las trabajadora embarazadas (salvo que se acreditara la procedencia del despido); es decir no vinculada al conocimiento por el empresario del embarazo, y enjuiciaba desde la perspectiva constitucional, el sentido y finalidad de dicha garantía, para concluir que la interpretación del precepto efectuada por los Órganos Judiciales en el caso analizado (que exigía en todo caso el conocimiento por el empresario de la situación de embarazo para declarar nulo el despido), resultaba injustificadamente restrictiva y ajena a las reglas hermenéuticas, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva. Siendo así, desde la perspectiva de las exigencias de razonabilidad y motivación reforzadas, que imponía la afectación del derecho fundamental sustantivo del art. 14 CE, posteriormente, la STC 124/2009 reiteró esta misma doctrina en un supuesto idéntico.
- Como se ha visto, la doctrina sentada por ese Tribunal, en las SSTC 92/2008 y 124/2009, reprochaba a los Órganos Judiciales concernidos la interpretación restrictiva de un precepto legal, el art. 55.5.b) LET, que añadió al supuesto de nulidad ya contemplado en la redacción precedente, para el caso de despidos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales, un nuevo supuesto de nulidad de despido de las trabajadoras embarazadas, que opera automáticamente (salvo que se demuestre la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo), a pesar de que la empresa ignore el estado de gestación de la trabajadora.
- Ahora bien, en el caso de autos, los Órganos Judiciales han razonado que lo dispuesto en el art. 55.5.b) LET, no es aplicable al supuesto enjuiciado, ya que no se refiere a un despido, sino a una extinción del contrato laboral durante el período de prueba; es así como la Sala de lo Social del Tribunal Supremo razona en la sentencia, que esa protección reforzada prevista en el art. 55.5.b)

LET para el despido no puede ser extendida por analogía al supuesto enjuiciado del desistimiento empresarial durante el período de prueba, institución cuyas diferencias con el despido resultan sustanciales, lo cual evidencia, que el legislador ha sido consciente en limitar, esa tutela reforzada del art. 55.5.b) LET al caso del despido de la trabajadora embarazada, excluyendo su aplicación al supuesto de desistimiento empresarial durante el período de prueba. Así, se señala que mientras que el despido (tanto disciplinario como por causa), cuyo incumplimiento acarrea la ilicitud de la decisión extintiva, en cambio el desistimiento empresarial, durante el período de prueba, no queda sujeta a requisitos formales (pudiendo incluso ser verbal y sin exteriorización de la causa), pudiendo afirmarse, que el período de prueba supone una clara atenuación del principio de prohibición de la libre extinción del contrato, si bien, esa facultad del desistimiento empresarial en el período de prueba no es omnímoda para el empresario, pues en ningún caso podrá dar lugar a que se produzcan resultados inconstitucionales.

- En definitiva, la extinción del contrato durante el período de prueba, será inválido, sólo si se produce con vulneración de los derechos fundamentales, como es el caso de que sucediera, si la decisión empresarial es una reacción al embarazo de la trabajadora (STC 17/2007, STC 94/1984 y STC 166/1988); ello sentado, y aplicando la doctrina constitucional en materia de discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas. En efecto, en el presente caso, no existían indicios de discriminación, pues no ha quedado acreditado que la demandada conociera el embarazo de la trabajadora, y que, aunque se hubiera afirmado la existencia de indicios, resulta que en la misma fecha de extinción del contrato de la accionante, se extinguió por el mismo motivo el contrato de otro trabajador, contratado en idénticas condiciones y fechas, dándose en ambos casos las circunstancias de que no se habían alcanzado los objetivos mínimos fijados en el contrato, lo que excluiría el pretendido móvil discriminatorio de la decisión extintiva.
- En este orden de ideas, también es oportuno manifestar, que el Tribunal Supremo ha aplicado a este supuesto del desistimiento empresarial durante el período de prueba, la doctrina constitucional en materia de “prueba indiciaria”, en los casos en que se invoca una discriminación por razón de sexo, concluyendo en la ausencia de indicios de tal discriminación, entre otras

razones, aunque no solo por la falta de acreditación del conocimiento empresarial del embarazo.

- En consecuencia, el Tribunal Constitucional, mediante sentencia de fecha 10 de Octubre del 2013, decide denegar el amparo solicitado por la recurrente. Por otro lado, es pertinente indicar que la sentencia en mención debido a su gran trascendencia jurídica fue objeto de dos votos particulares; uno de ellos planteado por el Magistrado Andrés Ollero Tassara, y el otro, por el Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, al cual se adhieron los Magistrados Adela Asua Batarrita, Luis Ignacio Ortega Álvarez y Juan Antonio Xiol Ríos.



## CAPÍTULO 6. DISCUSIÓN

### 6.1. La relación laboral de la trabajadora embarazada durante el período de prueba

Sobre el particular, se pueden dar los siguientes supuestos: i) Que, al momento de suscribir el contrato de trabajo, la trabajadora ya se encontraba embarazada, situación que era conocida por su empleador; ii) Que, al momento de suscribir el contrato de trabajo, la trabajadora ya se encontraba embarazada, lo cual no era de conocimiento de su empleador, pero sí por parte de ella; iii) Que, al momento de suscribir el contrato de trabajo, la trabajadora ya se encontraba embarazada, lo cual no era de conocimiento, ni de su empleador, ni de ella misma; iv) Que, en el transcurso del período de prueba, la trabajadora toma conocimiento de su embarazo, y le comunica oportunamente a su empleador; v) Que, en el transcurso del período de prueba, la trabajadora toma conocimiento de su embarazo, y no comunica a su empleador de su situación; y vi) Que, después de que la relación laboral haya sido extinguida, por no superación del período de prueba, la trabajadora se entera de que se encuentra embarazada con varios días, semanas o hasta quizás meses de gestación, situación que no tenía conocimiento cuando aún se encontraba laborando.

En este orden de ideas, cabe precisar, que el período de prueba, es aquel período en el cual los trabajadores gozan de una estabilidad laboral precaria, esto a causa, de que durante dicha etapa, el empleador puede optar por retirarlo del centro de trabajo, sin la necesidad de manifestar, ni acreditar la causa, y sin que la misma le genere algún tipo de responsabilidad.

En efecto, la finalidad y/o razón de ser del período de prueba por parte del empleador, consiste en la evaluación de las aptitudes y conducta del trabajador, puesto que así, verifica si cumple con los requisitos que se requiere para el puesto de trabajo; y por parte del trabajador, constatar si el empleador cumple con sus obligaciones laborales pactadas y establecidas por Ley.

Bajo este contexto, es oportuno manifestar que la extinción de la relación laboral, bajo el término no superación del período de prueba, es más latente de consumarse en las relaciones laborales de trabajadoras que se encuentran en

estado de gestación, puesto que dicha condición especial en la que se encuentran, ocasiona una reacción negativa por parte de los empleadores, toda vez que, le generaría mayores costos laborales, debido a que, tendrían que otorgar los permisos que sean necesarios para la revisión médica respecto a la viabilidad de su embarazo, así también, el empleador se encuentra obligado de proteger el embarazo de su trabajadora, a través de instrumentos que impidan que ésta realice labores que pongan en riesgo su salud y su embarazo, de la misma manera, el empleador se encuentra obligado de otorgarle a la trabajadora gestante su correspondiente descanso pre y postnatal, más aún si lo antes referido se encuentra regulado en las normas laborales de nuestro ordenamiento jurídico.

Las situaciones antes descritas, si bien están destinadas a proteger a la trabajadora que se encuentra en estado de gestación, que ésta al ser la fuente generadora de vida, la que forma la familia, y la familia por ser la célula básica de la sociedad, amerita mayor atención por parte del Estado. Sin embargo, también es cierto, que la maternidad en el centro de trabajo, traería como consecuencia, que la producción de la empresa se vea disminuida, debido a que el ritmo de trabajo de la trabajadora gestante se reducirá a causa de su situación, generado por diversos aspectos biológicos, que traspasa una mujer cuando se encuentra en estado de gestación; seguidamente, el empleador se verá en la obligación de contratar personal que supla a la trabajadora gestante cuando ésta haga uso de su descanso pre y post natal; y finalmente, el empleador se verá obligado por mandato legal, de cancelar a la trabajadora gestante su respectiva asignación familiar, y el otorgamiento de la respectiva hora de lactancia, lo cual coadyuva una vez más a la disminución en el ritmo de la trabajadora posteriormente al parto; razones por las cuáles, la maternidad causa malestar en los empleadores, a tal punto que deciden extinguir la relación laboral, incurriendo muchas veces en actos arbitrarios y/o discriminatorios; más aún, si la trabajadora gestante se encuentra en período de prueba, lapso de tiempo, en el cual es factible afirmar que la estabilidad de éstas trabajadoras es precaria, imprecisa, latente de que no perdure, a razón de su estado de gestación, decisión extintiva que constituiría a toda luces un acto discriminatorio por razón de sexo, puesto que se realizaría a causa del embarazo, situación biológica que es indudablemente sólo atribuible a la mujer.

En este punto, del marco legal revisado, se desprende, que la legislación argentina, española y colombiana, son las que desarrollan la institución jurídica del

período de prueba de una forma más amplia, en comparación a la nuestra, estableciendo, que el mismo debe contar por escrito, puesto que, caso contrario, se entendería que el empleador decidió no recurrir a dicho período, de la misma manera prevén, que el derecho a la seguridad social opera aún pese a encontrarse el trabajador en período de prueba, por lo que tienen derecho a la prestaciones económicas de salud hasta la finalización del referido período, y por último prevén, el uso abusivo del período de prueba, lo cual se encuentra prohibido y sancionado. Siendo así, se aprecia que en dichas legislaciones, existe una regulación más proteccionista, a favor de los trabajadores que su relación laboral se encuentran en período de prueba, lo cual es extensivo a las trabajadoras gestantes.

## **6.2. El uso arbitrario de la facultad extintiva de la relación laboral por parte del empleador, durante el período de prueba, en las relaciones laborales de trabajadoras gestantes**

Sobre el particular, es prudente destacar lo establecido por la jurisprudencia y doctrina española, en el sentido, que durante el período de prueba lo que sucede por parte del empleador es el desistimiento empresarial, institución jurídica de distinta naturaleza que el despido, por lo que, cierta corriente doctrinaria española, indica que la nulidad del despido no puede aplicarse al período de prueba, a tenor de las distintas naturalezas jurídicas que poseen.

Sin embargo, es innegable que las relaciones laborales de trabajadoras gestantes, sujetas a período de prueba, son más propensas de culminar durante dicho período, por la misma situación del embarazo; en ese sentido, los empleadores al hacer un uso irregular de la facultad con la que gozan durante el período de prueba, hacen que su actuar constituya un abuso del derecho, toda vez que, éste como titular de un derecho subjetivo (facultad extintiva) actúa de modo tal que su conducta concuerda con la norma legal que concede la facultad (art. 10 del Decreto Supremo No. 003-97-TR), pero su ejercicio, resulta contrario a la buena fe, la moral, las buenas costumbres o los fines sociales y económicos del Derecho; en el mismo sentido, porque su accionar, en el aparente ejercicio regular de un derecho, actúa con culpa o dolo, sin utilidad para sí y generando daños a terceros, motivo por el cual, nuestra legislación proscribe tajantemente el abuso del derecho.

Bajo este orden de ideas, el inclinamiento del actuar abusivo de los empleadores durante el período de prueba, ha quedado establecida en la jurisprudencia y legislación argentina, país que ha previsto dicha situación dentro de su ordenamiento jurídico, denotándole de repudio legal y sujeto a sanción.

Si bien es cierto, el empleador se encuentra facultado legalmente dentro del período de prueba de extinguir la relación laboral de una trabajadora, por más que se encuentre en estado de gestación, el poderío del empleador tiene un importante límite, que son los derechos fundamentales, derechos que operan desde el inicio de la relación laboral, incluyéndose también al período de prueba, ya que, el si quiera pensar como lo hizo nuestro Tribunal Constitucional, que durante el período de prueba es aceptable la extinción de toda relación laboral de una trabajadora gestante, sin siquiera hacer un análisis minucioso de la situación, daría pie a pensar, que el período de prueba, es el espacio de tiempo en el que los derechos fundamentales no tendrían vigencia, criterio totalmente inconstitucional; más aún, si nuestro mismo ordenamiento constitucional, señala que, ninguna relación laboral puede limitar los derechos fundamentales de la persona, ni rebajar la dignidad humana; a lo cual, se agrega, que la jurisprudencia española, colombiana y argentina; sentencias extranjeras que realizaron un análisis integral de la situación estudiada, establecen que los derechos fundamentales deben ser respetados, pese a encontrarse la relación laboral sujeta a período de prueba.

En consecuencia, aquellos despidos discriminatorios, que se perpetúan durante el período de prueba, suponen ceses inconstitucionales, que merecen ser reprobados; por lo que sostener lo contrario, supondría justificar el uso arbitrario de la facultad, que regula nuestra legislación a favor del empleador para cesar a los trabajadores; contrario sensu, no toda decisión del empleador, de extinguir la relación laboral de una trabajadora gestante durante el período de prueba, constituye despido nulo, sólo aquellos que se funden en actos discriminatorios y atentorios a los derechos fundamentales de la trabajadora gestante.

### **6.3. La protección de la trabajadora gestante durante el período de prueba, respecto a la extinción de su relación laboral, por decisión del empleador**

Al respecto, a lo largo de la presente investigación ha quedado claro de que tanto en el derecho nacional, como en el comparado, no existe legislativamente un apartado normativo, o una Ley, destinada específicamente a la protección de la trabajadora embarazada durante el período de prueba. Sin embargo, la jurisprudencia comparada tuvo la iniciativa de solucionar dicha deficiencia legislativa, toda vez que, en las sentencias expedidas por los Órganos Jurisdiccionales de los países de España, Colombia y Argentina, establecen criterios y teorías coherentes, con el ánimo de brindar protección a los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada, los mismos que operan durante toda la relación laboral, entiéndase también a la etapa del período de prueba.

En este sentido, la jurisprudencia más resaltante es la colombiana, puesto que propone la teoría de la “estabilidad laboral reforzada”, la cual sustenta, que la mujer embarazada tiene derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gestación, debido a los eventuales sobrecostos o incomodidades, que tal fenómeno puede implicar para las empresas; en ese sentido, la “estabilidad laboral reforzada”, constituye un derecho fundamental, que deriva del derecho fundamental a no ser discriminada por ocasión del embarazo, y que implica una garantía real y efectiva de protección a favor de las trabajadoras en estado de gestación. Siendo así, Colombia es propulsora de la aplicación de dicha teoría en las relaciones laborales de trabajadoras gestantes, pese a que se encuentren durante el período de prueba.

Bajo el mismo lineamiento, Colombia es instaura dos fueros protectores, llamados “fuero de maternidad” y “fuero laboral constitucional”, bajo los cuáles, se presume que el despido fue a causa del embarazo, siempre y cuando se de ciertos supuestos de hecho: i) el despido se produzca durante el embarazo, o tres meses posteriores al parto (según su legislación), ii) el despido se encuentre fundado en la situación de embarazo, es decir se produzca un acto discriminatorio, y iii) que el empleador previo a la decisión de extinguir la relación laboral haya tomado conocimiento del estado de gestación de la trabajadora.

Por su parte, la doctrina y jurisprudencia española, opta por la “teoría indiciaria”, bajo la cual, la trabajadora para acreditar que ha sido objeto de un acto discriminatorio (extinción de la relación laboral por decisión del empleador a causa de su estado de gestación), durante la etapa del período de prueba, debe aportar indicios, entre los cuáles el más trascendental, es que, el empleador tome conocimiento del estado de gestación previo a la extinción de la relación laboral. En consecuencia, España acepta la aplicación de la nulidad objetiva (nulidad del despido), pese a que la relación laboral se encuentre sujeta a período de prueba, siempre y cuando, la trabajadora gestante haya aportado indicios suficientes sobre el supuesto acto discriminatorio.

Bajo este contexto, esta claro que el uso arbitrario de la facultad extintiva de la relación por parte del empleador, afectaría de manera directa derechos fundamentales, como el derecho al trabajo y a la no discriminación por razón de sexo, y de manera indirecta, el derecho a la seguridad social, derechos que dentro de nuestra legislación cuentan con reconocimiento constitucional, teniendo su fundamento en el principio-derecho de la dignidad, que constituye el fin supremo de la sociedad y el Estado, así también, porque, el artículo 23 de nuestra Constitución Política establece expresamente, que la madre que trabaja amerita una especial protección por parte del Estado, a lo cuál se añade, que ninguna relación laboral debe limitar los derechos constitucionales del trabajador, ni rebajar su dignidad. En efecto, normativamente, a nivel constitucional, contamos con preceptos protectores, que pueden servir como parámetros para la defensa de los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada durante el período de prueba, mas aún, si ésta por su misma situación forma parte de un sector socialmente e históricamente vulnerable de la población laboral.

A lo precedentemente referido, es pertinente añadir, los preceptos protectores con rango supraconstitucional, tratados internacionales que al ser ratificados por nuestro Estado, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, entre los cuáles tenemos, al Convenio No 183 de la OIT – Sobre la Protección de la Maternidad (2000), recientemente ratificada, pero que aun entrara en vigencia, aproximadamente en el segundo trimestre del 2016; el Convenio No. 111 de la OIT – Sobre la Discriminación (1958); y, el Convenio No. 102 de la OIT – Sobre la Seguridad Social (1952). Asimismo, se tiene a la Convención sobre la eliminación

de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), y la Convención Americana de Derechos Humanos (1969). A los tratados internacionales antes mencionados, es oportuno también agregar el Convenio No. 158 de la OIT – Sobre la Terminación de la Relación de Trabajo (1982), y los Convenios No. 03 y 103 de la OIT – Sobre la Protección de la Maternidad, de los años 1919 y 1952 respectivamente, que si bien no han sido ratificados por nuestro Estado, tienen el rango de una recomendación.

Consecuentemente, el actuar del empleador, específicamente en el tema de investigación, es decir, el uso de la facultad extintiva de la relación que posee durante el período de prueba, tiene su principal limitación en el ejercicio de los derechos fundamentales, los cuáles tienen vigencia en todas las etapas de la relación laboral, conforme ha quedado establecido por nuestra Constitución Política, los tratados internacionales ratificados, y la jurisprudencia española, colombiana y argentina (sentencias extranjeras que analizan exhaustivamente el caso en concreto), las mismas que establecieron, que la trabajadora gestante forma parte de un sector socialmente e históricamente vulnerable de la población laboral, por lo que requiere de una atención y protección especial; más aún, si la razón de ser del período de prueba, consiste en la evaluación de las capacidades y conducta de la trabajadora, por lo que, no debe servir, como un medio de extinción indiscriminada de las relaciones laborales, sin ningún sustento fáctico, a razón de la sola voluntad del empleador (sustento subjetivo), lo cual reforzaría más, la sujeción que se encuentra el trabajador respecto al empleador (relación de disparidad).



## CONCLUSIONES

Del análisis realizado en la presente investigación, se arriba a las siguientes conclusiones:

- En las relaciones laborales de trabajadoras gestantes, que se encuentran sujetas a período de prueba, y que por decisión unilateral del empleador se extinga dicha relación laboral, la referida decisión unilateral vulnerará los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada; siempre y cuando, el empleador haya incurrido en un uso arbitrario de la facultad extintiva de la relación laboral, con la que goza durante la antes citada etapa inicial del contrato de trabajo, uso arbitrario que puede ser traducido, en un acto discriminatorio, el cual puede ser probado por la trabajadora, por cualquier medio idóneo incluyendo a los indicios, siendo el indicio más trascendental, la comunicación previa al empleador sobre el estado de su gestación, situación que evidenciaría que éste haya tomado dicha decisión extintiva de la relación laboral por una reacción negativa frente al conocimiento del embarazo de su trabajadora.
- Actualmente en nuestro país, la trabajadora embarazada durante el período de prueba, cuenta con una estabilidad laboral precaria, sin protección alguna frente a las irregularidades que puede incurrir el empleador respecto a la fase extintiva de la relación laboral, toda vez que jurisprudencialmente, no existe pronunciamiento alguna sobre la solución a esta vacío legal, pues si bien es cierto, existen normas laborales destinadas a la protección de las trabajadoras gestantes durante la relación de trabajo, las mismas son aplicadas por los operadores jurídicos después de que ésta haya superado el período de prueba; es decir hoy en día no existe ningún apartado normativo o jurisprudencia, que establezca, o aclare que la trabajadora gestante también debe ser protegida durante la etapa inicial del contrato de trabajo, es decir el período de prueba.
- Los empleadores en algunas ocasiones, como es el caso de las relaciones laborales que mantienen con trabajadores gestantes, tienden hacer un uso arbitrario de la facultad extintiva de la relación laboral, con la que gozan durante el período de prueba, debido a la reacción negativa que le genera el haber tomado conocimiento de la situación de embarazo de su trabajadora, desvirtuando de esta manera la finalidad y/o razón de ser de dicho período, que no es más que la evaluación de las aptitudes y el



comportamiento del trabajador, para verificar si es el indicado para las labores a desarrollar en el cargo que se le ha contratado. Sin embargo, dada la condición especial en que se encuentra la trabajadora, el empleador debe ser muy minucioso y diligente al momento de optar por decidir dar por terminada la relación laboral durante el período de prueba, puesto que ésta por formar parte de un grupo latente a ser discriminado de la población laboral, motivo por el cual, el Estado a través de nuestra Constitución y tratados internacionales ratificados, busca brindarle una mayor atención y protección.

- Nuestro derecho nacional, que incluye el ámbito legislativo y jurisprudencial, ha guardado silencio, ante aquellas situaciones en que se extinga la relación laboral por decisión del empleador, de una trabajadora que se encuentra en estado de gestación durante el período de prueba; es decir, dicha situación no ha sido prevista, ni hasta la actualidad ha sido resuelta por nuestros operadores jurídicos. Sin embargo, en la jurisprudencia comparada, específicamente en los países de Colombia, Costa Rica, Argentina y España, existen pronunciamientos judiciales, que desarrollan de manera exhaustiva el contexto en que se produce la extinción de la relación laboral, por decisión del empleador, de una trabajadora embarazada durante el período de prueba, sentencias que desarrollan todas las aristas que dicha situación abarca, en los cuáles se ha establecido ciertos criterios y teorías contundentes; todo lo contrario a lo que sucede en nuestro país, en la cual dicho tema no ha sido atendido de la manera que amerita por parte de los Jueces que conforman nuestro Tribunal Constitucional.
- Los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada que pueden verse afectados, tras el uso arbitrario de la facultad extintiva de la relación laboral con la que goza el empleador durante el período de prueba, son el derecho al trabajo, a la seguridad social y a la no discriminación por razón de sexo; de los cuáles los dos primeros resultan ser derechos fundamentales específicos laborales (derechos sociales), mientras que el último resulta ser un derecho fundamental inespecífico laboral (derecho civil y político); pero que en un contexto integral, los tres derechos antes citados, constituyen derechos fundamentales de las trabajadoras gestantes.
- En principio el despido nulo y arbitrario, son tipologías de despidos ilegales de distinta concepción, configuración y reparación; siendo así, teniendo en cuenta que durante el período de prueba, nos debemos inclinar por la protección de los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada, es factible aplicar extensivamente la

protección que se le brinda a la trabajadora en estado de gestación en el despido nulo, a la etapa del período de prueba, más aún, si se presume que el corte de la relación laboral de una trabajadora que se encuentra en estado de gestación es nulo, siempre y cuando el empleador haya tomado conocimiento previamente de dicha situación, por cualquier medio posible, o cuando la trabajadora haya acreditado mediante cualquier medio posible el acto discriminatorio propinado por el empleador.

## RECOMENDACIONES

Quedan como recomendaciones de la presente investigación, las siguientes:

- Se recomienda al Estado una propuesta legislativa, mediante la cual se logre proteger a la trabajadora embarazada durante el período de prueba, específicamente en la fase extintiva de la relación laboral, la misma que debe ser añadida al Decreto Supremo No. 003-97-TR.
- Se recomienda a los empleadores, que especialmente en las relaciones laborales que mantengan con trabajadoras gestantes, y que se encuentren aún en período de prueba, sean diligentes al momento de materializar la facultad extintiva de la relación laboral con la que gozan durante dicho período; es decir, que la misma no sea usada de manera arbitraria, por una reacción negativa de estos frente al conocimiento de la condición de embarazo de su trabajadora, sino, porque efectivamente durante el referido período, la trabajadora no logró demostrar las aptitudes que se requiere para el puesto de trabajo contratado, o porque no demuestra un comportamiento adecuado para el centro de trabajo.
- Se recomienda a las trabajadoras embarazadas, con el fin que en el ámbito judicial, puedan defender la inconstitucionalidad de la extinción de su relación laboral durante el período de prueba, efectuada por su empleador, notifique a éste por escrito su situación de embarazo, adjuntado ya sea una copia de la ecografía o de su revisión médica, con el fin de acreditar, el indicio que tanto requieren los Magistrados para determinar que existió efectivamente una acto discriminatorio por parte del empleador.
- Se recomienda a los Jueces, analizar de manera exhaustiva cada caso en concreto, interpretando lo establecido en el artículo 10 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, en concordancia con lo normado en el artículo 23 de nuestra Constitución Política y los tratados internacionales ratificados por nuestro país, que buscan la protección de la mujer y su maternidad.

## **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

El período de prueba, constituye aquella etapa del contrato de trabajo, durante el cual, el empleador evalúa las aptitudes y el comportamiento del trabajador, a fin de verificar si es el adecuado para el cargo que amerita su contratación, y por parte del trabajador, comprobar si el empleador cumple con sus obligaciones laborales, tanto las pactadas en el contrato de trabajo, como las que instruyen las normas laborales.

Siendo así, tanto empleador, como trabajador durante la referida etapa inicial del contrato de trabajo, gozan con la facultad de extinguir la relación laboral, sin expresión, ni acreditación de causa, y sin que la misma le genere algún tipo de responsabilidad. En ese sentido, es que dicha facultad extintiva con la que goza el empleador durante el período de prueba no puede ser usado de manera arbitraria en la relación laboral de una trabajadora embarazada, ya que el actuar de esa manera generaría que éste incurriera en un abuso del derecho, lo cual esta desprovisto por nuestro ordenamiento jurídico.

Por consiguiente, la situación antes descrita lesionaría los derechos fundamentales de la trabajadora gestante, transgrediendo no sólo, los derechos fundamentales específicos laborales, sino también, los derechos fundamentales inespecíficos laborales; debido a que, todos los derechos fundamentales le son inherentes a la trabajadora, por su condición de persona humana, así también, porque tienen su sustento en el principio-dignidad.

## **FUNDAMENTOS DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA**

Después de un estudio minucioso de la situación antes descrita, se comprueba, que tanto nuestra legislación y jurisprudencia, no le ha brindado la atención que merece; sin embargo, la trabajadora embarazada por su misma condición forma parte de un grupo latente a ser discriminado de nuestra población laboral, por lo cual amerita ser tratada de distinta forma que un trabajador común, más aún, si la búsqueda de la protección de la trabajadora gestante, frente al uso arbitrario de la facultad extintiva de la relación laboral por parte del empleador durante el período de prueba, tiene sustento en la teoría de la “estabilidad laboral reforzada”, que

manifiesta la jurisprudencia colombiana, y que en amparo, al artículo 23 de nuestra Constitución Política, y los diversos tratados internacionales ratificados por nuestro Estado, nos debemos inclinar por la protección de los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada.

En este orden de ideas, es prudente manifestar que si bien nuestro Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente No. 2456-2012-AA/TC, ha establecido, que es válido la extinción de la relación laboral de una trabajadora embarazada por decisión del empleador durante la etapa del período de prueba, toda vez que, al no superar dicho período, no obtiene aún protección contra el despido arbitrario; por lo que, dicho Colegiado, al hacer una aplicación literal del artículo 10 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, T.U.O. del Decreto Legislativo No. 728, generó la interpretación inconstitucional, de pretender entender al período de prueba, como aquel espacio de tiempo, en donde los derechos fundamentales no se encontrarían vigentes, situación que no puede ser aceptado, ya que los mismos al tener su razón de ser en la dignidad de la persona humana, operan en cualquier etapa del contrato de trabajo, más aún, si así lo prevé el artículo 23 de nuestra Constitución Política.

En efecto, el apartado normativo antes citado, señala que, una vez superado el período de prueba, el trabajador obtiene protección contra el despido arbitrario. En ese sentido, los incisos d) y e) del artículo 29 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, establecen como causales de despido nulo, a la discriminación por razón de sexo, y cuando el mismo se produzca por razón del embarazo respectivamente, de lo cual se infiere la protección legal que se le brinda a la trabajadora embarazada. Sin embargo, en la práctica, se ha entendido, que todos los apartados normativos que están destinados a proteger a la trabajadora en estado de gestación, operan una vez, que ésta haya superado el período de prueba.

En consecuencia, lo antes esbozado, amerita la inclusión de un apartado normativo al Decreto Supremo No. 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que tenga por finalidad aclarar la situación laboral de la trabajadora gestante, durante el período de prueba, que sin el ánimo de desnaturalizar la razón de ser y/o finalidad del período de prueba, y teniendo en

cuenta la inclinación de proteger los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada durante dicho período, se propone el siguiente apartado normativo.

### **ANÁLISIS COSTO BENEFICIO**

La presente iniciativa legislativa, implica que el Estado peruano tendrá que destinar ciertos recursos financieros a la capacitación de los operadores jurídicos, empleadores y trabajadores, a fin de que, tengan conocimiento de lo que se busca lograr con ésta propuesta legislativa. Siendo así, el beneficio está centrado en el deseo de lograr la real y efectiva protección de la trabajadora gestante, durante el período de prueba, específicamente, en la fase extintiva de las relaciones laborales, producidas por decisión del empleador.

### **EFEECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN**

Los efectos normativos de la presente propuesta legislativa tienen incidencia en el artículo 10 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en los términos expuestos en la presente propuesta legislativa; a fin de establecer, específicamente, la protección de la trabajadora embarazada, en la extinción de la relación laboral por decisión del empleador, durante el período de prueba.

### **PROYECTO DE LEY**

#### **“PROTECCIÓN DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA, FRENTE A LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL POR DECISIÓN DEL EMPLEADOR, DURANTE EL PERÍODO DE PRUEBA”**

#### **“Artículo 10-A: Extinción de la relación laboral de la trabajadora gestante durante el período de prueba**

En el supuesto de que, el empleador extinga la relación laboral de una trabajadora embarazada durante el período de prueba, basado en su estado de gestación, debidamente acreditado, se procederá a aplicar la presunción legal establecida para el caso del despido nulo, a que se refiere el inciso e) del artículo 29 de la presente ley.”

## REFERENCIAS

- Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente No. 1042-2002-AA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 06 de Diciembre de 2002).
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente No. 1944-2002-AA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 28 de Enero de 2003).
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente No. 2050-2002-AA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 16 de Abril de 2003).
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente No. 976-2001-AA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 13 de Marzo de 2003).
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente No. 0008-2005-AI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 12 de Agosto de 2005).
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente No. 3599-2007-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 03 de Noviembre de 2007).
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente No. 0023-2007-AI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 26 de Agosto de 2008).
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente No. 3525-2011-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 30 de Setiembre de 2011).
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente No. 2456-2012-AA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 22 de Octubre de 2012).
- Alonso García, M. (1960). *Derecho del Trabajo*. Barcelona: Bosch.
- Alonso García, M. (1975). *Derecho del Trabajo*. Barcelona: Ariel.
- Alonso García, M. (1981). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Ariel.
- Alonso Olea, M., & Casas Baamonde, M. E. (2001). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas Ediciones S.L.
- Arce Ortiz, E. (2002). La relevancia constitucional de las formalidades y procedimientos en el despido. La construcción del Tribunal Constitucional. *Asesoría Laboral No. 149*, 13.
- Bechara Llanos, A. Z. (2011). *La Ponderación y Los Derechos Fundamentales*. Cartagena: Editorial Universidad Libre Sede Cartagena.
- Blancas Bustamante, C. (2013). *El despido en el derecho laboral peruano*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.

- Carrillo Calle, M. (2001). La Estabilidad de Entrada y Salida como expresiones del Principio de Continuidad. Una aproximación desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 181 - 182.
- Comisión Nacional de Derechos Humanos de México. (15 de Abril de 2012). *La discriminación y el derecho a la no discriminación*. Recuperado el 12 de Marzo de 2015, de La discriminación y el derecho a la no discriminación:  
<http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/cartillas/2%20cartilla%20discriminaci%C3%B3n%20y%20derechos%20no%20discriminaci%C3%B3n.pdf>
- Corte Constitucional de Colombia. (22 de Mayo de 2008). *Corte Constitucional de Colombia*. Recuperado el 15 de Enero de 2015, de sitio web de la Corte Constitucional de Colombia:  
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-513-08.htm>
- Cortés Carcelén, J. C. (20 de Mayo de 2010). *Los Derechos Inespecíficos Laborales: Análisis de algunas sentencias del Tribunal Constitucional*. Recuperado el 23 de Noviembre de 2014, de sitio web de la Academia de la Magistratura:  
[http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/contenido\\_web\\_amag/contenido48/57-75.pdf](http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/contenido_web_amag/contenido48/57-75.pdf)
- Crespo Bustamante, P. J. (08 de Marzo de 2015). Presentado a las MDDM. *Diario El Comercio*, págs. 1-2.
- De la Cueva y De la Rosa, M. (1963). *Derecho Mexicano del Trabajo*. México: Porrúa S.A.
- Del Rio Labarthe, P. (06 de Marzo de 2014). Si eres mujer y vives en el Perú, por Patricia del Río. *Diario El Comercio*, pág. 07.
- Díaz Bienes, M. J. (Junio de 2013). *Universidad de La Laguna*. Recuperado el 14 de Agosto de 2014, de sitio web de la Universidad de La Laguna:  
<http://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/193/LA%20EXTINCION%20DEL%20CONTRATO%20DE%20TRABAJO%20DE%20LA%20MUJER%20EMBARAZADA%20A%20RAIZ%20DE%20LA%20STC%20173/2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Gantiva Hidalgo, G. C., & Santos Angarita, C. (Septiembre de 2004). *Pontificia Universidad Javeriana*. Recuperado el 14 de Agosto de 2014, de sitio web de la Pontificia Universidad Javeriana:  
<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS74.pdf>
- García Manríque, Á. (2013). Equiparación de las consecuencias del despido incausado dentro del período de prueba con el despido discriminatorio. *Diálogo con la Jurisprudencia*, 265-266.



- Giraldo Hoyos, J. A. (2002). *Pontificia Universidad Javeriana*. Recuperado el 15 de Agosto de 2014, de sitio web de la Pontificia Universidad Javeriana: <http://javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-22.pdf>
- Gómez Valdez, F. (2007). *Derecho del Trabajo - Las Relaciones Individuales de Trabajo*. Lima: San Marcos.
- Gonzales Ramírez, L. Á. (2013). La protección de la trabajadora gestante en el período de prueba y en los contratos temporales de trabajo. *Soluciones Laborales para el Sector Privado*, 24-29.
- Gonzales Ramírez, L. Á. (2015). Período de prueba y discriminación: Caso especial de la madre gestante y de los trabajadores sindicalizados. *Soluciones Laborales para el Sector Privado*, 35-40.
- Huamán Estrada, E. (2013). Período de prueba VS. Derechos fundamentales del trabajador. Comentarios a la STC Exp. No. 2456-2012-PA/TC. *Diálogo con la Jurisprudencia*, 266-267.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (s.f.). *Instituto Nacional de Estadística e Informática*. Recuperado el 28 de Julio de 2014, de sitio web del Instituto Nacional de Estadística e Informática: <http://www.inei.gov.pe/estadisticas/indice-tematico/ocupacion-y-vivienda/#url>
- Llanos Obando, G. M. (2008). *Universidad de Antioquia*. Recuperado el 14 de Agosto de 2014, de sitio web de la Universidad de Antioquia: [http://mitra.udea.edu.co/~prueba/archivos/informes\\_finales/informe\\_final24.pdf](http://mitra.udea.edu.co/~prueba/archivos/informes_finales/informe_final24.pdf)
- Meléndez Trigoso, W. (s.f.). *El derecho a la seguridad social y a la libertad de acceso a la salud y pensiones*. Recuperado el 16 de Enero de 2015, de El derecho a la seguridad social y a la libertad de acceso a la salud y pensiones: <http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.redadultosmayores.com.ar%2FMaterial%2F5202014%2FArchivosSEGURIDADSOCIAL%2F25%2520El%2520derecho%2520a%2520la%2520seguridad%2520social%2520y%2520a%2520la%2520>
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2008). *La Mujer en el Mercado Laboral Peruano*. Recuperado el 28 de Julio de 2014, de sitio web del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo: [http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/estadisticas/peel/documento\\_mujer/la\\_mujer\\_campo\\_laboral.pdf](http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/estadisticas/peel/documento_mujer/la_mujer_campo_laboral.pdf)
- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de Costa Rica. (21 de Mayo de 2014). *Compendio de Criterios Jurídicos-Laborales de 1999 al 2014*. Recuperado el 15 de Enero de 2015, de sitio web del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de Costa Rica: <https://43ecb905-a-0c390810-sites.googlegroups.com/a/mtss.go.cr/mtss/documentosvarios/Compendio%20Criterios%20Jur%C3%ADdicosLaborales%20MTSS.pdf?attachauth=ANoY7co2qw2jWj>

eIn7u5TyAJ5A7WMS7z2jkDGiuB82aa7NODgbH6Q\_Z086AL2hTalazaZ1PsBoO  
LDUIRkygHe-kH6p39ZMW

- Nogueira Alcalá, H. (2003). *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Novak Talavera, F., & Namihás Pacheco, S. (1996). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Lima: Academia de la Magistratura.
- Organización de las Naciones Unidas. (10 de Diciembre de 1948). *Organización de las Naciones Unidas*. Recuperado el 27 de Julio de 2015, de sitio web de la Organización de las Naciones Unidas: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>
- Organización de las Naciones Unidas. (18 de Diciembre de 1979). *Organización de las Naciones Unidas*. Recuperado el 27 de Julio de 2015, de sitio web de la Organización de las Naciones Unidas: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>
- Organización de los Estados Americanos. (22 de Noviembre de 1969). *Organización de los Estados Americanos*. Recuperado el 27 de Julio de 2015, de sitio web de la Organización de los Estados Americanos: [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)
- Organización Internacional de Trabajo. (25 de Junio de 1958). *Organización Internacional de Trabajo*. Recuperado el 27 de Julio de 2015, de sitio web de la Organización Internacional de Trabajo: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C111](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111)
- Organización Internacional de Trabajo. (22 de Junio de 1982). *Organización Internacional de Trabajo*. Recuperado el 25 de Julio de 2015, de sitio web de la Organización Internacional de Trabajo: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_ILO\\_CODE:C158](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C158)
- Organización Internacional de Trabajo. (31 de Mayo de 2006). *Organización Internacional de Trabajo*. Recuperado el 25 de Julio de 2015, de sitio web de la Organización Internacional de Trabajo: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55\\_TYPE,P55\\_LANG,P55\\_DOCUMENT,P55\\_NODE:REC,es,R198,%2FDocument](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%2FDocument)
- Organización Internacional del Trabajo. (15 de Junio de 2000). *Organización Internacional del Trabajo*. Recuperado el 27 de Julio de 2015, de Organización Internacional del Trabajo: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C183](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C183)

- Palomeque López, M. C. (2004). *Derecho del Trabajo y Razón Crítica*. Salamanca: Gráficas Varona S.A.
- Perez Rey, J. (2004). *Estabilidad en el Empleo*. Madrid: Editorial Trotta.
- Rodríguez Mancini, J. (2004). *Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Buenos Aires: Astrea.
- Rojas Chavez, A. M. (19 de Junio de 2003). *Fuero de Maternidad. Garantía a la Estabilidad Laboral*. Recuperado el 15 de Enero de 2015, de sitio web de la Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85101908>
- Rubio Correa, M., Eguiguren Praeli, F., & Bernales Ballesteros, E. (2011). *Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Toyama Miyagusuku, J. (2005). *Instituciones del Derecho Laboral*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Toyama Miyagusuku, J. (2011). *Derecho Individual de Trabajo*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Tribunal Constitucional de España. (10 de Octubre de 2013). *Boletín Oficial del Estado*. Recuperado el 15 de Enero de 2015, de sitio web del Tribunal Constitucional de España: <http://www.boe.es/boe/dias/2013/11/07/pdfs/BOE-A-2013-11684.pdf>
- Valderrama Valderrama, L., & Tovalino Castro, F. (2014). *Despido Arbitrario. Nuevos criterios jurisprudenciales sobre su calificación*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Vitteri Guevara, J. M. (2015). Derecho al descanso prenatal y posnatal de la trabajadora gestante: Reciente modificaciones. *Soluciones Laborales*, 79.
- Zavaleta Rodríguez, R. E. (2004). Los costos laborales en el Perú. *Revista Jurídica Cajamarca*, 29.

## **ANEXOS**

### **ANEXO 01: MATRIZ DE CONSISTENCIA**

**TÍTULO:** La afectación de los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada al extinguir el empleador la relación laboral durante el período de prueba

<p><b>PROBLEMA</b> ¿De qué manera la extinción de la relación laboral por decisión del empleador durante el período de prueba, vulnera los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada?</p>	<p><b>OBJETIVOS</b></p> <p><b>OBJETIVO GENERAL</b> Determinar de qué manera la extinción de la relación laboral por decisión del empleador durante el período de prueba, vulnera los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada.</p> <p><b>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Explicar la desprotección fáctica y legal en que se encuentra la trabajadora en estado de gestación durante el período de prueba, respecto a la fase extintiva de la relación laboral.</li> <li>➤ Evaluar el uso irrestricto de la facultad extintiva de la relación laboral, con la que goza el empleador durante el período de prueba, en las relaciones laborales de trabajadoras en estado de gestación.</li> <li>➤ Comparar la legislación, y jurisprudencia nacional, y comparada, en cuanto a la protección que se otorga a la trabajadora en estado de gestación durante el período de prueba.</li> <li>➤ Identificar los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada que pueden verse afectados, tras el uso</li> </ul>	<p><b>HIPÓTESIS</b> La extinción de la relación laboral por decisión arbitraria del empleador durante el período de prueba, lesiona los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada, toda vez que vulnera su derecho al trabajo, a la no discriminación por razón de sexo, y a la seguridad social.</p> <p><b>VARIABLES</b></p> <p><b>VARIABLE UNO</b> La extinción de la relación laboral por decisión del empleador durante el período de prueba.</p> <p><b>VARIABLE DOS</b> Los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada.</p>	<p><b>METODOLOGÍA</b></p> <p><b>ENFOQUE</b> Cualitativa</p> <p><b>TIPO DE INVESTIGACIÓN</b> <b>Según su fin:</b> Aplicada</p> <p><b>Nivel de Profundidad del Conocimiento:</b> Correlacional</p> <p><b>DISEÑO</b> No Experimental – Transversal</p> <p><b>POBLACIÓN Y MUESTRA</b></p> <p><b>Unidad de Análisis</b> La sentencia nacional expedida por nuestro Tribunal Constitucional, y las sentencias emitidas por los Órganos Jurisdiccionales extranjeros, que analizan el contexto en que se desenvuelve la extinción de la relación laboral por decisión del empleador de una trabajadora embarazada durante el período de prueba.</p> <p><b>Población</b> La sentencia nacional expedida por nuestro Tribunal Constitucional, y las sentencias emitidas por los Órganos Jurisdiccionales extranjeros, que analizan el contexto en que se desenvuelve la extinción de la relación laboral por decisión del empleador de una trabajadora embarazada durante el período de prueba.</p> <p><b>Muestra</b> La sentencia recaída en el Expediente No. 2456-2012-AA/TC, emitida por el Tribunal Constitucional Peruano; la sentencia recaída en la causa No. 104.019, expedida por la Sala Segunda Suprema de la Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza; la sentencia T-513/08, emitida por la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional; la sentencia No. 144/2014,</p>
---	---	---	---

	<p>arbitrario por parte del empleador de la facultad extintiva de la relación laboral que goza durante el período de prueba.</p> <p>➤ Determinar la posibilidad de aplicar extensivamente al período de prueba, la protección jurídica que se otorga a la trabajadora embarazada en el despido nulo.</p> <p><b>JUSTIFICACIÓN</b></p> <p>La presente investigación encuentra su justificación teórica, en la teoría de la estabilidad laboral reforzada, que señala, que bajo ningún supuesto una trabajadora embarazada puede ser despedida por razón de su maternidad; en ese sentido, su protección tiene que ser eficaz y efectiva, motivo por el cual su aplicación está sometida a un control constitucional estricto, puesto que no es suficiente, que el ordenamiento jurídico asegure un ingreso remunerativo a las trabajadoras embarazadas, sino también es necesario proteger de manera eficaz su derecho al trabajo. De la misma manera, encuentra su justificación académica, en el curso de Derecho Sustantivo del Trabajo, específicamente en las relaciones laborales de las trabajadoras embarazadas que se encuentran sujetas al período de prueba. Asimismo, la justificación práctica de</p>		<p>expedida por el Juzgado de lo Social No. 26 de los de Madrid; y la sentencia No. 173/2013, emitida por el Tribunal Constitucional Español.</p> <p>La muestra de la presente investigación es de tipo no probabilística, toda vez que, la elección de los elementos integrantes de la ella depende de las condiciones que permiten hacer el muestreo.</p> <p><b>Criterios de Inclusión:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Extinción de la relación laboral por decisión del empleador de una trabajadora embarazada durante el período de prueba.</li> <li>✓ Pronunciamiento jurisdiccional favorable para el empleador.</li> <li>✓ Pronunciamiento jurisdiccional favorable para la trabajadora embarazada.</li> </ul> <p><b>TÉCNICAS E INSTRUMENTOS</b></p> <p><b>De recolección de información</b></p> <p><b>Técnicas</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>➤ <b>Entrevista:</b> Se recurrió a dicha técnica, con el objetivo de recopilar doctrina, criterios, opiniones, y, jurisprudencia nacional y comparada, mediante la conversación profesional con los entrevistados; la cual estuvo dirigida a Magistrados de los Juzgados Laborales de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, y especialistas en materia laboral de la ciudad de Trujillo.</li> <li>➤ <b>Análisis de Contenido:</b> Se recurrió a la suscrita técnica, con la finalidad de obtener información doctrinaria, legislativa, y, jurisprudencial nacional y comparada, mediante el uso de fichas bibliográficas, para así poder estructurar la temática de la presente investigación.</li> <li>➤ <b>Estudio de Caso:</b> Se recurrió a</li> </ul>
--	--	--	---

	<p>la presente investigación, se sustenta en la necesidad de establecer los parámetros, bajo los cuáles los empleadores deberán hacer uso de la facultad extintiva de la relación laboral con la que gozan durante el período de prueba, a fin de evitar que incurran en un uso arbitrario de dicha facultad, y por ende, transgredan los derechos fundamentales de la trabajadora gestante. Finalmente, ésta investigación encuentra su justificación valorativa, en que buscará la protección fáctica y legal efectiva de las trabajadoras que se encuentran en estado de gestación durante el período de prueba, a razón de que forman parte de un sector históricamente y socialmente vulnerable de la población laboral.</p>		<p>la mencionada técnica, a fin de analizar los pronunciamientos judiciales que han emitido los Órganos Jurisdiccionales respecto al tema de investigación.</p> <p><b>Instrumentos</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>➤ <b>Fichas Bibliográficas:</b> Instrumento que permitió analizar los datos obtenidos, mediante el uso de fichas de registro textual y parafraseo, las mismas que contienen la temática de la presente investigación, así como las opiniones, y criterios de los doctrinarios, y, la jurisprudencia nacional y comparada, en relación a las instituciones jurídicas a desarrollar, y el tema materia de investigación.</li> <li>➤ <b>Guía de Entrevista:</b> Instrumento que permitió analizar la información recolectada en las entrevistas efectuadas a los Magistrados de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, y especialistas en materia laboral, de la ciudad de Trujillo; a fin de obtener criterios, opiniones e información empírica y jurisprudencial, respecto al tema de la presente investigación.</li> <li>➤ <b>Guía de Estudio Caso:</b> Instrumento que permitió analizar el contexto en que se produjo la terminación de la relación laboral por decisión del empleador, de las trabajadoras embarazadas durante el período de prueba, que hayan acudido al Órgano Jurisdiccional, a fin de ejercer su derecho a la tutela resarcitoria o restitutoria. En ese sentido, por medio de éste instrumento, también se analizó los pronunciamiento de los Órganos Jurisdiccionales, en torno a la situación estudiada en la presente investigación.</li> </ul>
--	---	--	--



			<p><b>De procesamiento de información</b></p> <p><b>Técnicas</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>➤ <b>Método de Análisis – Síntesis:</b> Se aplicó éste método, a fin de poder evaluar, de manera separada cada uno de los componentes de la realidad del tema a investigar, así como evaluar, de manera ordenada y sistematizada la información obtenida de la bibliografía recaudada en la presente investigación.</li> <li>➤ <b>Método Hermenéutico:</b> Se empleó el referido método, para la correcta interpretación de la doctrina, legislación y jurisprudencia nacional y comparada sobre el tema materia de investigación.</li> <li>➤ <b>Método Deductivo:</b> Se aplicó el mencionado método, toda vez que, la temática de la presente investigación se planteó de las instituciones jurídicas generales a las específicas.</li> <li>➤ <b>Sistema Microsoft Ms Office 2010:</b> Se utilizó esta herramienta informática, con la finalidad de procesar el contenido e información temática y empírica obtenida.</li> </ul> <p><b>Instrumentos</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>➤ <b>Programa Word 2010:</b> Se utilizó el presente programa, a fin de efectuar el procesamiento de texto.</li> <li>➤ <b>Programa Power Point 2010:</b> Se recurrió a dicho programa, con la finalidad de presentar la investigación de una manera didáctica y entendible.</li> </ul>
--	--	--	--



## **ANEXO 02: GUÍA DE ENTREVISTA**



Trujillo, 14 de Noviembre del 2014

Estimado (a) Doctor( a):

.....

**Especialista en Derecho Laboral**

Trujillo.-

Por intermedio de la presente, saludo a Usted cordialmente. Conociendo su especialidad en Derecho Laboral, en esta oportunidad molesto su atención para solicitarle su opinión sobre algunos temas importantes relacionados con la investigación que he iniciado, cuyo título es: ***“Extinción de la relación laboral por decisión del empleador durante el período de prueba y derechos fundamentales de la trabajadora embarazada.”***

Le agradezco de antemano, por sus valiosos aportes y debida fundamentación de sus respuestas en el Cuestionario anexo.

Atentamente.

Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Privada del Norte, Trujillo, La Libertad

Email: [ar\\_cc\\_1412@hotmail.com](mailto:ar_cc_1412@hotmail.com)



**Entrevistado(a):**

**Cargo:**

**Fecha:**

---

### **CUESTIONARIO**

- 1. ¿Cree Usted, que la facultad del empleador consistente en extinguir la relación laboral de manera unilateral sin expresión ni acreditación de la causa durante la etapa del período de prueba, deba ser usada de manera irrestricta ante la situación de embarazo de una trabajadora?**
- 2. ¿Cómo cree Usted que deberían actuar los empleadores durante la etapa del período de prueba frente a la situación de embarazo de una trabajadora?**
- 3. ¿Cree Usted, que debe existir una norma legal o apartado normativo destinado a la protección de la trabajadora embarazada durante la etapa del período de prueba?**
- 4. ¿Cree Usted, que la protección que se le brinda a la trabajadora embarazada en el despido nulo debe aplicarse extensivamente a la etapa del período de prueba?**

**Gracias por su tiempo.**



**ENTREVISTA N° .....**

**Entrevistado(a):**

**Cargo:**

**Fecha:**

---

### **ANEXO 03: GUÍA DE ESTUDIO DE CASO**



## **ESTUDIO DE CASO**

### **1. INTRODUCCIÓN.**

- 1.1. Planteamiento del problema.**
- 1.2. Hipótesis**
- 1.3. Objetivos.**

### **2. DESARROLLO.**

- 2.1. Descripción la situación de hecho.:**
- 2.2. Información teórica.:**
- 2.3. Argumentos Jurídicos.:**
- 2.4. Análisis de Resultados.:**

### **3. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.**

### **4. FUENTES DE REFERENCIA.**

### **5. ANEXOS.**

## **ANEXO 04: ENTREVISTAS**

## ENTREVISTA N° 01

**Entrevistado:** Dany Robert Llaque Huaman

**Cargo:** Abogado del Área Laboral del Estudio Tuesta & Sedano Abogados S. Civil de R.L.

**Fecha:** 25 de Noviembre del 2014

---

**1. ¿Cree Usted, que la facultad del empleador consistente en extinguir la relación laboral de manera unilateral sin expresión ni acreditación de la causa durante la etapa del período de prueba, deba ser usada de manera irrestricta ante la situación de embarazo de una trabajadora?**

Bueno en realidad, no debería esta figura legal ser usada para una aplicación indebida, pero muchas veces en la realidad se da una aplicación de mala fe, si bien es cierto en el desarrollo de las relaciones laborales que se dan en el Perú vemos pues que los empleadores usan argucias legales ante la deficiencia a veces de la normativa de aplicar ciertos preceptos legales, con el fin de despedir de manera ilegal a un trabajador que no incurre en falta grave que sea sancionable con despido; sin embargo, vemos en la realidad que los empleadores usan esta figura para despedir a sus trabajadoras que han resultado embarazadas, todo ello con la finalidad de no verse perjudicado y abaratar un los costos laborales que les genera una trabajadora embarazada, porque como lo sabemos, el empleador tendría que pagar subsidios, asignación familiar, descanso pre-post natal, los cuáles incrementan el costo laboral para las empresas.

Con la aplicación indebida de esta figura, los empleadores vulneran derechos fundamentales que están consagrados y protegidos en nuestra Constitución Política, así como en los tratados internacionales, en los cuales el Perú forma parte, y que constituyen parte de los derechos humanos; siendo así, la aplicación indebida de este precepto legal, vulnera el derecho al trabajo, porque se estaría recortando esa posibilidad a la trabajadora gestante de acceder y mantener un puesto de trabajo al cual ella tiene derecho, también se tiene a otro derecho vulnerado, como es el derecho a la no discriminación por la razón de sexo, y esto es aplicable, puesto que las mujeres embarazadas son ese sector de la población a las que únicamente pueden incurrir en estos supuestos de la norma, otro derecho vulnerado sería el derecho a la seguridad social, puesto que el empleador estaría negándole y recortándole ese acceso que tienen



los trabajadores a la seguridad social, el derechos a los subsidios, derecho a la atención en ESSALUD, todos estos derechos se van recortando si es que el empleador aplicase de manera indiscriminada y de mala fe como se ha explicado precedentemente la figura jurídica del período de prueba; concluyendo se podría decir que otros derechos fundamentales que se verían vulnerados son el derecho a la vida y a la dignidad; en consecuencia no estoy de acuerdo, y no soy de la opinión de que este precepto pueda ser utilizado de manera indiscriminado por los empleadores.

## **2. ¿Cómo cree Usted que deberían actuar los empleadores durante la etapa del período de prueba frente a la situación de embarazo de una trabajadora?**

Los empleadores tienen que actuar obviamente de buena fe, en la relación laboral debe regirse por el principio de buena fe de ambas partes, tanto del trabajador y empleador; y por lo tanto, los empleadores deben actuar muy sigilosamente con una buena asesoría. Aquí se cumple una doble función, ya que no solo el empleador privado, sino también, el Estado a través de sus sectores competentes como el Ministerio de Trabajo, deben capacitar o difundir cuales son los derechos que tienen las trabajadoras gestantes en nuestro sistema jurídico; entonces solo así con una adecuada difusión, es que tanto empleadores como trabajadores tomarían de una manera más minuciosa esta tipología legal; pero sin embargo, en la realidad lo que vemos es que las empresas tratan de abaratar los costos, y prefieren extinguir la relación laboral con las trabajadoras para no generar más costo laboral; sin embargo repito, soy de la idea de que los empleadores deben tomar de manera muy sigilosa este tema, porque lejos de abaratar los costos, le puede generar una demanda que le puede incrementar los gastos a los cuales estaban eventualmente pronosticado.

## **3. ¿Cree Usted, que debe existir una norma legal o apartado normativo destinado a la protección de la trabajadora embarazada durante la etapa del período de prueba?**

Considero que ante los vacíos que tiene nuestro sistema jurídico y no solo en el ámbito laboral sino también en el ámbito penal, civil y administrativo, deben aplicarse pues otro tipo de alternativa legales que podamos tener y ante la ausencia de una tipificación clara de la norma laboral respecto a la protección que se debe dar a la trabajadora gestante que todavía no haya superado el periodo de prueba, es ese vacío que existe en el artículo 10 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, ya que allí no está regulado de manera expresa la protección, siendo así, también debería alcanzar a las trabajadoras en periodo de gestación, pues muchas veces los Jueces no aplican este precepto por que no está

detallado de manera expresa; sin embargo nuestro hay que tener en cuenta que no solo el Derecho está constituido por la Ley, ya que ésta como la mínima expresión del Derecho, también deberíamos recurrir a otras fuentes de Derecho que son la jurisprudencia y la doctrina, entonces ante los vacíos de esta Ley, debería el Tribunal Constitucional regular, o la Corte Suprema a través de la jurisprudencia dejar muy sentado este tema, respecto que la protección también debería alcanzar a las trabajadoras en etapa de gestación que no hayan cumplido o superado el periodo de prueba, consignado en el artículo 10 de la Ley mencionada.

Hay que tener en cuenta que en Colombia y en Argentina que son sistemas jurídicos muy parecidos a la legislación peruana, no hay una norma que regule así como en el Perú de una manera expresa este supuesto de hecho; sin embargo ellos ya han solucionado esta falta de regulación legislativa a través de las jurisprudencias que han emitido sus respectivos tribunales; entonces teniendo en cuenta también que en el derecho laboral existe este precepto dar tratar igual a los iguales y desiguales a los desiguales; por ente a las trabajadoras que se encuentran en etapas de gestación y no han superado el periodo de prueba se debe dar un trato especial.

**4. ¿Cree Usted, que la protección que se le brinda a la trabajadora embarazada en el despido nulo debe aplicarse extensivamente a la etapa del período de prueba?**

Para responder esta pregunta debería en principio hacer una distinción de lo que se entiende entre un despido nulo y un despido arbitrario; en efecto, despido arbitrario aquel que se da en razón de que no hay una expresión de causa que amerite la extinción de relación laboral; sin embargo en el despido nulo si existe una causa expresa, esta causa en nuestro sistema es una causa nula. Entonces respondiendo en concreto la pregunta que si se debe extender la protección al período de prueba; en efecto considero que si a través del sistema de interpretación sistemática de las normas laborales podía darse esa protección especial que está contenido en el despido nulo, y aplicarse a los despidos que tengan como causa que el empleador haya tomado conocimiento que la trabajadora se encuentra en un periodo de gestación; por lo tanto así, a mi criterio debería aplicarse hasta que no se determine a través de una Ley expresa o hasta que la jurisprudencia no resuelva este vacío legal que existe.

## ENTREVISTA N° 02

**Entrevistado:** Nelly Key Munayco Castillo

**Cargo:** Juez Provisional del Tercer Juzgado Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de La Libertad

**Fecha:** 25 de Noviembre del 2014

---

**1. ¿Cree Usted, que la facultad del empleador consistente en extinguir la relación laboral de manera unilateral sin expresión ni acreditación de la causa durante la etapa del período de prueba, deba ser usada de manera irrestricta ante la situación de embarazo de una trabajadora?**

El Decreto Supremo No. 003-97-TR prevé que en los períodos de prueba, el plazo más corto es el de tres meses, que los trabajadores que superen el periodo de prueba adquieren estabilidad frente al empleo, ese periodo de prueba es precisamente el que permite al empleador tomar conocimiento o llegar a saber si es que ese trabajador le va hacer productivo y le va a servir para los fines empresariales, a hora bien la pregunta está dirigida a los casos de las trabajadoras embarazadas.

Mi posición seria de que la única manera que esta trabajadora podría cuestionar el cese durante ese periodo de prueba, es que se acredite mediante presunciones, indicios y otros medios de pruebas, de que el empleador tuvo conocimiento del estado de gestación de su trabajadora, y que aun así procedió a cesarla en el plazo de prueba, en esos casos si podría alegarse una nulidad de despido, pero si es que el empleador no tuviese ese conocimiento y cesara la relación laboral porque esa trabajadora a pesar de encontrarse en estado de gestación no le resulta productiva no habría ninguna sanción para la empresa.

**2. ¿Cómo cree Usted que deberían actuar los empleadores durante la etapa del período de prueba frente a la situación de embarazo de una trabajadora?**

Aquí la pregunta da entender que el empleador tiene conocimiento del estado de gestación de la trabajadora, en esos casos razonable y prudencialmente podría suspenderse ese período de prueba hasta que culmine el estado de gestación de esta trabajadora y retomarse el periodo de prueba, porque teniendo conocimiento del estado de su trabajadora incurriría a pesar que se encuentra en periodo de prueba en una nulidad de despido, por cuanto tampoco no se podría saber por la prueba diabólica si el

cese de dicha trabajadora se debió efectivamente a que no rendía como tal o al estado de gestación que ya el empleador tenía conocimiento, entonces en ese sentido lo que se debería regular es la situación en que el empleador suspenda los plazos para poder retomar en forma posterior la gestión de la trabajadora.

**3. ¿Cree Usted, que debe existir una norma legal o apartado normativo destinado a la protección de la trabajadora embarazada durante la etapa del período de prueba?**

En todo caso se podría hacer aclarar la norma, porque en sí existe la norma que prevé la protección a las trabajadoras gestantes, pero claro toda protección legal contra el despido es superado el periodo de prueba de tres, seis meses o un año dependiendo; en este caso lo que se podría es aclarar la norma señalando que durante el período de prueba si se acreditase que el empleador tenía o tomo conocimiento del estado de gestación no podría cesar por ese argumento a su trabajadora, debiéndose suspender estos plazo hasta la culminación del estado de gestación en este caso sería una aclaración a las normas existentes.

**4. ¿Cree Usted, que la protección que se le brinda a la trabajadora embarazada en el despido nulo debe aplicarse extensivamente a la etapa del período de prueba?**

Retomo con la pregunta anterior, porque todo dependería de que el empleador tomase el conocimiento, que pasaría con esas trabajadoras que al ingresar recién comienzan su estado de gestación, pero el estado de gestación al recién comenzar no tiene nada que ver en la forma de desempeñar su labor; sin embargo si se determina que dicha trabajadora no es acorde o no es óptima para desempeñar las labores por las cuales ha sido contratada en todo caso allí se podría utilizar el estado de dicha trabajadora en forma abusiva o arbitraria, lo que se tendría que determinar es que se pruebe o se acredite que el cese de la trabajadora no ha sido por la culminación del periodo de prueba, si no que el estado de gestación ha incidido precisamente en la decisión de la empresa para poderla cesarla.

## ENTREVISTA N° 03

**Entrevistado:** José Miguel Saldarriaga Medina

**Cargo:** Juez del Primer Juzgado de Paz Letrado Laboral de la Corte Superior de Justicia de La Libertad

**Fecha:** 28 de Noviembre del 2014

---

**1. ¿Cree Usted, que la facultad del empleador consistente en extinguir la relación laboral de manera unilateral sin expresión ni acreditación de la causa durante la etapa del período de prueba, deba ser usada de manera irrestricta ante la situación de embarazo de una trabajadora?**

Creo que debemos partir de dos supuestos por lo menos para analizar este sistema, en primer lugar el derecho de optar que tiene el empleador durante el período de prueba, es decir el empleador no debe ser obligado a contratar a un trabajador a plazo indeterminado, porque justamente el periodo de prueba sirve para verificar las capacidades y condiciones del trabajador, así como que el trabajador se aclimate al clima de la empresa, eso por un lado, por eso no es un período de prueba como tal, sino un contrato de prueba que va adicionar a la relación laboral; y lo otro es tener en cuenta ese derecho versus al derecho a la protección de un derecho fundamental, en este caso el derecho a la mujer de procrear, el derecho al respeto de la condición de madre, además desde ese punto de vista en primer lugar debería haber una compatibilización entre dichas situaciones, siendo así, no debería ser irrestricta la facultad del empleador de extinguir simplemente la relación laboral durante el período de prueba cuando la causa de extinción tenga que ver con el estado de gravidez, es decir no se podría decir, o no debería ser que el empleador no quiera contar con esa trabajadora porque está gestando, ya eso no tiene que ver con la capacidad de la trabajadora, ni con las condiciones, ni con lo que paga la empresa, tiene que ver con el acto que está gestando y de esta manera está yendo contra la madre trabajadora; por lo tanto creo que el empleador en estos casos debería tener sumo cuidado de expresar cuales son las causas por la cuales deciden no contratar ya con cierta locación de permanencia de la trabajadora, y deciden extinguir el contrato de trabajo durante el período de prueba, a mi parecer no es irrestricta la facultad del empleador.

## **2. ¿Cómo cree Usted que deberían actuar los empleadores durante la etapa del período de prueba frente a la situación de embarazo de una trabajadora?**

Partiendo de lo que comentamos hacia un momento, el empleador debería motivar en su decisión de extinguir el contrato de trabajo durante el período de prueba cuando se trata de una trabajadora en estado de gestación evidentemente, porque la primera idea que le puede venir a uno en la cabeza, es que como estaba gestando, allí nada más se produce la extinción del contrato de trabajo; entonces debe haber una relación entre la situación protegida constitucionalmente como es la madre trabajadora y el acto distintivo del contrato de trabajo, desde ese punto de vista, a mí parecer para evitar cualquier contingencia de una eventual lesión a un derecho fundamental y por lo tanto a un sistema reparativo que puede ser la reposición o la indemnización para ese trabajador, para evitar ello justamente debería enviarse un documento en el cual el empleador sustente la extinción del contrato de trabajo bajo una causa no relacionada directamente con el estado de gravidez de la trabajadora, es decir eliminar cualquier suspicacia o duda que el contrato de trabajo se ha extinguiendo por la condición de la madre trabajadora.

## **3. ¿Cree Usted, que debe existir una norma legal o apartado normativo destinado a la protección de la trabajadora embarazada durante la etapa del período de prueba?**

Creo que podría ser el dispositivo que nosotros tenemos en el artículo 29 de L.P.C.L, que definitivamente establece que si se despide luego de un período tal se presume que el despido es nulo; sin embargo a mi parecer podría haber una disposición, o en todo caso una normatividad reglamentaria en el D.S. No. 001-96-TR y establecer también una pauta para tener cuidado en relación al estado de gravidez de la trabajadora como causa de despido y de manera general dejando el espacio para que el Juez en todo caso pueda actuar si el empleador puede realizar el despido o no. Asimismo, existe una situación que debemos tener en cuenta, establecida en el artículo 10 de L.P.C.L, que indica que no tienen protección ni derecho a indemnización contra el despido arbitrario cuando no se supere el período de prueba, de tal manera que de una lectura muy sencilla, una trabajadora embarazada, o un minusválido, o uno que tenga una opción política o religiosa, el empleador puede despedirlo en cualquier momento, ya que no tiene protección, en ese sentido esa lectura es contraria a la constitución, por tanto esa lectura debemos desterrarla y para hacer ese ejercicio de destierro un poco más sencillo debería existir o podría existir una imposición legal que más o menos le da una pauta al Juez de que si bien es cierto hay un derecho del empleador durante el período de

prueba, dicho derecho no es ilimitado, ya que tiene como límite a los derechos fundamentales de la persona, que no dejan de ser tal con los trabajadores.

**4. ¿Cree Usted, que la protección que se le brinda a la trabajadora embarazada en el despido nulo debe aplicarse extensivamente a la etapa del período de prueba?**

Creo que sí debería, pero debería tenerse cuidado el sentido en lo que se busca o lo que se protege, que es la condición de madre gestante y el hecho de que no pueda lesionarse sus derechos fundamentales, por que digamos que podría también esconderse tras este tema, situaciones en las cuales y suceden, que las trabajadoras que están en estado de gestación piensan que por estar así no pueden ser objeto a un estado disciplinario, eso no es cierto, ya que la trabajadora que está en estado de gravidez o cualquier trabajador tienen las mismas obligaciones laborales, siempre y cuando no se vaya contra la salud de la trabajadora embarazada y el de su bebe; pero a mi parecer si es necesario cuidando mucho o suscribiendo mucho a la protección de la madre gestante, con esto quiero decir que se debe evitar el despido con una norma muy abierta, ya que puede también darse la impresión que desde el primer día que pisa el centro de trabajo ya está protegida contra el despido, y no es así, está protegida contra el despido que tiene como causa su condición de madre, pero que tal, si encontrándose en período de prueba no maneja bien el excel, no maneja la computadora, es una persona poco diligente, y a mí como empleador no me sirve, por tanto no me pueden obligar a tener una trabajadora en esa condiciones, siendo así mientras las causas de la extinción del contrato sean la condiciones y capacidades de la trabajadora embarazada es válido, pero si la causa de la extinción no se encuadra mucho con estos supuestos, sino más bien se tiene que ver con la situación de gestación de la trabajadora, esto se puede acreditar de diferente maneras, a manera de ejemplo: Cuando el empleador te dice al primer mes que vas bien y al segundo mes se le nota la barriga, y al tercer mes lo saca, allí se puede evidenciar la causa del despido; por eso a mi parecer definitivamente es necesario poder aplicar por extensión al período de prueba.

## ENTREVISTA N° 04

**Entrevistado:** Eduardo Pacheco Yépez

**Cargo:** Presidente de la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de La Libertad

**Fecha:** 26 de Diciembre del 2014

---

**1. ¿Cree Usted, que la facultad del empleador consistente en extinguir la relación laboral de manera unilateral sin expresión ni acreditación de la causa durante la etapa del período de prueba, deba ser usada de manera irrestricta ante la situación de embarazo de una trabajadora?**

Bueno hay que establecer aquí dos cuestiones fundamentales, hay una norma constitucional y una norma legal, en la norma constitucional establecida en el artículo 23 se establece que el trabajo es objeto de protección del Estado pero dentro del trabajo en general hay 3 categorías de trabajadores que tienen un plus de protección, y entre esas categoría esta la madre que trabaja, y si estamos hablando de una trabajadora embarazada, estamos hablando de una madre trabajadora; entonces tenemos la norma constitucional del artículo 23 que le da a la madre trabajadora un plus de protección, una protección calificada frente a cualquier otro trabajador que no tenga esta calidad, frente al artículo 10 establece el periodo de prueba es una norma supraconstitucional, una norma legal que prácticamente le da facultad al empleador para extinguir la relación laboral con cualquier trabajador dentro del periodo de prueba legal o convencional, correcto entonces tenemos una norma constitucional y una norma legal, si bien como vuelvo a repetir el empleador dentro de la subordinación y facultado por la ley le permite hacer uso de un separación al nutum de un trabajador, no creo ni debe ser así de que el empleador debe utilizar esta facultad arbitrariamente, porque si la utiliza arbitrariamente estaría de una u otra forma vulnerando un derecho fundamental doblemente protegido por la Constitución Política del Estado, entonces la proyección, la expectativa, la posibilidad de modificar legislativamente este artículo estaría orientado a que esa facultad del empleador no pueda ser utilizada discriminatoriamente, sino que el empleador antes de tomar una decisión tendrá que determinar si la trabajadora está embarazada o no para lo cual deberá tener o contar la prueba de tal situación; y, siempre y cuando la embarazada no cometa falta grave.



**2. ¿Cómo cree Usted que deberían actuar los empleadores durante la etapa del período de prueba frente a la situación de embarazo de una trabajadora?**

Entiendo que estamos en un periodo de prueba legal que es 3 meses, lo que significa que el empleador conoce del estado de embarazo y si la admitió en una relación laboral, tiene que respetar ese derecho, como decíamos al responder en la primera pregunta sobre la protección que brinda nuestra Constitución Política, no con diferencias ni discriminación frente a una trabajadora mujer no embarazada, pero si con el debido respeto, sobre todo considerando su estado de embarazo, una potencial madre protegida por el artículo 23 de la Constitución Política del Estado; de tal manera que debería dejarse de lado cualquier situación de arbitrariedad, como vuelvo a repetir salvo falta grave, salvo cierre de disminución de personal debidamente comprobado, podría admitirse una separación de una trabajadora, pero lo posible evitar cualquier acto arbitrario.

**3. ¿Cree Usted, que debe existir una norma legal o apartado normativo destinado a la protección de la trabajadora embarazada durante la etapa del período de prueba?**

Creo que es una cuestión de interpretación, que más protección tiene la madre trabajadora que la contenida en el primer párrafo del artículo 23 de la Constitución Política del Estado; entonces esta norma, y además con la obligación que tienen los Jueces laborales ahora de resolver sus casos aplicando la norma desde la óptica constitucional, y de los instrumentos internacionales especialmente de la Declaración de los Derechos Humanos entonces eso va a permitir la protección de vida al ser.

**4. ¿Cree Usted, que la protección que se le brinda a la trabajadora embarazada en el despido nulo debe aplicarse extensivamente a la etapa del período de prueba?**

En una interpretación constitucional si, pero no legalizada, siempre viendo si el empleador actuó con justicia, sin arbitrariedades, respetando su estado, como digo casos extremos, cierre del centro de trabajo, cierre de contrato de trabajo, la falta grave misma de la trabajadora, solo en estos casos se permitiría, el resto se debe evaluar, debe ser una cuestión que debe evaluar el Juez, una interpretación sistemática de las normas internacionales del artículo 23 y el período de prueba.

## ENTREVISTA N° 05

**Entrevistado:** Ricardo Miranda Rivera

**Cargo:** Juez Superior Provisional de la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de La Libertad

**Fecha:** 26 de Diciembre del 2014

---

**1. ¿Cree Usted, que la facultad del empleador consistente en extinguir la relación laboral de manera unilateral sin expresión ni acreditación de la causa durante la etapa del período de prueba, deba ser usada de manera irrestricta ante la situación de embarazo de una trabajadora?**

En primer lugar hay que atender cual es la finalidad de período de prueba, desde el punto de vista empresarial es el que genera el puesto de empleo y el requerimiento de causal para generar una contratación al margen de la modalidad de contratación laboral es que es un período donde ratifica el empleador, ratifica todo un proceso de selección de personal, y si fuera una selección de personal que implica todo un paso de selección de personal, entiendo yo un momento la trabajadora en ese caso, si sabe que está embarazada debe declarar en esa selección, y si la contrata pues es un tema de ver eso, la otra arista es el que el período de prueba también sirve para capacitación para demostrar capacidades y también para capacitar, no solo también capacidades sino capacitación en que entre en una nueva organización, otro tema es aclimatamiento para el puesto de empleo en un ascenso interno, incluso el proyecto de la nueva ley, la reforma que se está diciendo, y se está hablando de un periodo de prueba por ascenso, entonces desde esa perspectiva enfocándolo a su pregunta creo que el tema de manejo de ese período de prueba que antiguamente que por el derecho clásico decía que era un período en donde el empleador podría prescindir de forma irrestricta de los servicios del trabajador, o en este caso de la trabajadora gestante, digamos así, pero frente al actual derecho, ya no clásico, si no posmoderno, y más aún en el desarrollo de un Estado constitucional de derecho es innegable que esa facultad ha venido a restringirse para hacer efectivo a través de la relación laboral los derechos fundamentales, no tan solo de la trabajadora, sino también del futuro ser del no nacido, entonces yo creo que actualmente es opinable y está en debate ese tema que se receto, opinión personal en este momento en ese tema no es restricto, tiene unos límites, límites que si el conoce de

la enverguradura no obstante del período de prueba debe decir las causas porque se separa al margen del tema de gestación.

**2. ¿Cómo cree Usted que deberían actuar los empleadores durante la etapa del período de prueba frente a la situación de embarazo de una trabajadora?**

A mi parecer allí el actuar corresponde más a la trabajadora, puesto que basándose en un principio de buena fe laboral y de lo que se viene después depende de cada organismo de la trabajadora como va hacer la evolución de su embarazo durante los 09 meses, creo que es necesario que ella declare inmediatamente tome conocimiento de su estado de gestación con un documento suficiente, declare inmediatamente con documento cierto escrito comunicándole al empleador su estado, para que conozca, entonces ya él, y también creo en esos casos en una reforma legal normativa creo que debería implementarse que el empleador en estos casos debería dar una explicación lógica de causalidad de porque está separando a la trabajadora no obstante estar gestando.

**3. ¿Cree Usted, que debe existir una norma legal o apartado normativo destinado a la protección de la trabajadora embarazada durante la etapa del período de prueba?**

A mi parecer, en el tema del período de prueba, el tema garantista es un tema que está a veces en debate aunque en realidad nacionales y no nacionales cercana no es así, siempre generalmente los doctrinarios, los teóricos nos dicen que esos temas se está prestando y no es así, las normas desde el año 90 casi en América Latina siguen siendo garantista y si hay un mensaje garantista, y al ver que hay un problema a través de los casos particulares que tiene el Poder Judicial, yo creo que es necesario agregar un agregado normativo en la regularización en el período de prueba cuando la decisión pueda afectar derechos fundamentales, entonces yo creo que allí es dable, no tan sólo por el embarazo, sino hablarse genéricamente cuando en la decisión él tiene conocimiento que podría afectarse o digamos inicialmente afectarse un derecho fundamental.

**4. ¿Cree Usted, que la protección que se le brinda a la trabajadora embarazada en el despido nulo debe aplicarse extensivamente a la etapa del período de prueba?**

A mi parecer, potencialmente un empleador es un ser humano que viene a través de una mujer y como tal no creo que haya empleadores desnaturalizados, y si los hay no han reflexionado lo suficiente, creo que allí hay un papel filosófica, ética, creo que lo más

dable es que un empleador por ser un tema muy privado también, del tema de embarazo y creo que las más obligada es la trabajadora en comunicar su embarazo oportunamente y no ocultarlo, y si está en proceso de contratación decirlo, incluso ella allí puede mostrar que lo han discriminado y no le han dado el empleo porque declaro su embarazo y puede acceder al empleo, sería todo un tema de discriminación antes del empleo; y durante el empleo no hay que ocultarlo tiene que decirlo porque ya las implicancias de su labor con respecto allí viene todo un tema y además que llegado un momento si necesario ella va pasar ser subsidiada en esta caso el seguro social es que va asistirle, ahora es un tema por directiva interna de salud que lo paga como crédito provisional el empleador eso es otra cosa, si no hay un problema yo creo que traer seres humano al mundo no es un tema para para debatir ni discutir yo creo que hay que proteger.

## **ANEXO 05: SENTENCIAS**

**Partes:** Valour S.R.L. en J° 18984 Michelli Mariela Lucrecia c/ Valour S.R.L. s/ despido inc. cas

**Tribunal:** Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza

**Sala/Juzgado:** II

**Fecha:** 27-jun-2013

**Cita:** MJ-JU-M-79772-AR | MJJ79772 | MJJ79772

Resultó abusivo el despido de la trabajadora embarazada a dos días de que se venciera el periodo a prueba, máxime cuando la empleadora había tomado conocimiento de su estado de gravidez.

**Sumario:**

1.-Corresponde confirmar la sentencia en cuanto hizo lugar al reclamo del pago de la indemnización dispuesta en función de los arts. 177 y 178 LCT, pues resulta llamativo el apuro del empleador en comunicar un despido sin causa a dos días de que se venciera el periodo a prueba -habiendo incumplido con el preaviso correspondiente-, coincidiendo este proceder con la noticia previa del embarazo de la actora, y la previa negativa del encargado de recibir el certificado médico acompañado por la actora.

2.-En el caso no resulta arbitrario que el Tribunal exija al empleador que acredite que el despido no tuvo relación con la situación de embarazo de cuyo conocimiento se encontraba fehacientemente anoticiado.

3.-La buena fe es un principio y un deber de conducta recíproco de las partes que si bien no es específico del derecho del trabajo, adquiere esencial relevancia ya que el contrato no solo contiene prestaciones de carácter patrimonial, sino también deberes de conducta.

**Fallo:**

En Mendoza, a los veintisiete días del mes de junio de dos mil trece, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 104.019, caratulada: "VALOUR SRL EN J° 18984 MICHELLI MARIELA LUCRECIA C/ VALOUR SRL P/ DESPIDO INC. CAS."

De conformidad con lo establecido en los arts. 140 y 141 del C.P.C. y Acordada N° 5845, quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero Dr. Mario D. ADARO, segundo Dr. Herman SALVINI y tercero Dr. Carlos BÖHM.

#### **ANTECEDENTES:**

A fs. 11/20 VALOUR S.R.L. por medio de apoderado, interpone recursos extraordinarios de Inconstitucionalidad y Casación contra la sentencia dictada a fs. 157/165 de los autos N° 18.984, caratulados: "MICHELLI, MARIELA LUCRECIA C/ VALOUR SRL P/ DESPIDO", originarios de la Excma. Quinta Cámara de la Primera Circunscripción Judicial.

A fs. 33 se admiten formalmente los recursos interpuestos y se ordena correr traslado de los recursos a la contraria, quien encontrándose debidamente notificada a fs 35 no contesta.

A fs. 41/42vta. corre agregado el dictamen del Sr. Procurador General, quien por las razones que expone aconseja el rechazo del recurso extraordinario de inconstitucionalidad.

A fs. 45 se llama al Acuerdo para sentencia y a fs. 46 se deja constancia del orden de estudio en la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal.

De conformidad con lo establecido por el art. 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

**PRIMERA:** ¿Son procedentes los recursos interpuestos?

**SEGUNDA:** En su caso, qué solución corresponde?

**TERCERA:** Pronunciamiento sobre costas.

**SOBRE LA PRIMERA CUESTION EL DR.ADARO**, dijo:

#### **I.- ANTECEDENTES**

La sentencia que se recurre hace lugar a la demanda iniciada por MARIA LUCRECIA MICHELLI en contra de VALOUR SRL por la suma de \$17.987, 20).

Funda la condena, en que la demandada despide a la actora cuando tenía conocimiento de que ella se encontraba embarazada.

**II.- LOS RECURSOS** extraordinarios interpuestos por VALOUR SRL (fs. 11/20).

a.- Funda el recurso extraordinario de Inconstitucionalidad en lo dispuesto por el art. 150 inc. 3 y 4 y art. 152 del CPC.

Se agravia el fallo funda el rechazo de la defensa opuesta oportunamente por su representada en cuanto a que el distracto se produjo antes de que fuera notificada conforme a derecho, del embarazo de la actora.

La comunicación fehaciente al empleador, pone en marcha la presunción del art. 178 de la LCT y dicha notificación no puede ser sustituida con éxito a voluntad del Juzgador.

Refiere que la declaración de MARINA NATALIA NAVARRO se advierte falta de certeza o convicción, la testigo no dijo a qué día se presentó la actora al negocio, siendo un elemento esencial cuando lo que está -justamente discutido- si la notificación del embarazo se produjo antes o después del despido.

En cuanto a los dichos de NORA MARIA FLOR MARZIALI SCHINGLER dijo que lo que sabía, lo conocía por dichos de la actora.

Entiende que el Juzgador se atribuye facultades legislativas, al atribuir a una empleada que se encontraba cumpliendo el periodo de prueba un beneficio que la norma laboral sólo prevé para aquellos casos en que se encuentra en situación de estabilidad propia.

En el caso resulta de aplicación del art. 92bis de la LCT y cita jurisprudencia.

b.- Funda el recurso extraordinario de Casación en lo dispuesto por el art. 159, 161 del CPC, manifiesta que en el caso es de aplicación lo dispuesto por el art. 92 bis de la LCT y que se ha incurrido en errónea interpretación de lo dispuesto por el art.178 de la LCT.

Si bien el A-quo se convence de que es aplicable el art. 92bis de la LCT lo cierto es que deja de aplicar sus consecuencias para aplicar el art. 178 de la LCT.

Cita jurisprudencia.



Considera que de haberse realizado una correcta interpretación del art. 92 bis de la LCT y no haber interpretado erróneamente los arts. 177 y 178 de la LCT hubiera correspondido el rechazo de la demanda.

### **III.- MI OPINIÓN**

Liminarmente, me anticipo a afirmar que en el caso, corresponde el tratamiento conjunto de los recursos interpuestos por la actora, lo que se encuentra justificado por la identidad y conexidad que guardan entre sí, y en atención a los principios de celeridad procesal y seguridad jurídica (LS 320-217, 349-39, 347-193, 347-209, 345-154, 347-197, 401-75, 407-98 entre otros).

Sin perjuicio de lo manifestado, es diferente el planteamiento de ambos recursos (Inconstitucionalidad con el de Casación), y la mencionada diferencia está dado por la distinción doctrinaria de vicios in procedendo o de los llamados vicios in iudicando.

Mientras la Inconstitucionalidad tiene por objeto observar y hacer observar las garantías constitucionales, y por ende los vicios cometidos en el procedimiento en consecuencia resulta apto para plantear, los errores en la apreciación de la prueba, el apartamiento de las reglas de la sana crítica, la contradicción de la Sentencia en la aplicación de la Ley; en cambio la Casación tiene por finalidad el control técnico jurídico de la legalidad de la Sentencia, (errores en la aplicación e interpretación del derecho).

Son, en principio, compartimentos estancos, dentro del orden procesal mendocino y no pueden confundirse los fundamentos de ambos so pena de un reparo formal serio.

Dicho estas aclaraciones me adentraré en el análisis de la cuestión principal objeto de los recursos intentados, la que gira en torno a la condena al pago de la indemnización dispuesta en función de los arts.177 y 178 de la LCT.

De las constancias de la causa, los agravios invocados y la sentencia recurrida, adelanto que las quejas no van a prosperar.

En efecto, el recurrente dirige todo su embate en lo que en definitiva se reduce a una discrepancia valorativa, inocua para lograr la revisión del fallo en esta instancia extraordinaria.

No respeta la plataforma fáctica fijada por el Juzgador, y sus argumentos más bien se presentan como la enunciación de una tesis jurídica que no se sustenta en otro motivo que su visión particular sobre las cuestiones planteadas.

Las circunstancias probadas en la causa demuestran que existió relación laboral entre las partes y que la misma se encontraba en la etapa prevista en el art.92bis de la LCT por un lado y por el otro encontramos que la trabajadora se encontraba cursando un embarazo cuando es despedida por el empleador.

Que previo al despido se dan comunicaciones epistolares entre las partes, siendo el motivo de las de la actora, en primer término la comunicación de su embarazo y luego la resistencia a la ruptura de la relación laboral.

Respecto de la existencia y comunicación de esa circunstancia (embarazo) por parte de la trabajadora no ha sido objeto de agravios por el recurrente.

Su parecer se circunscribe exclusivamente a considerar que no corresponde abonar indemnización alguna por tal circunstancia.

Sin embargo el cuadro de situación fijado en la instancia inferior nos suministra un dato valioso que me convencen de la desestimación de los recursos intentados y es que en definitiva el A-quo centra el problema en si nos encontramos ante un ejercicio regular de un derecho o no, concluyendo que existió un ejercicio abusivo (ver fs. 163vta.2do párrafo).

Y esta consideración vital que hace el Tribunal inferior y que se presenta como determinante para la solución del caso, no ha sido objeto de agravio.

Ya esta Corte ha tenido oportunidad de expedirse en el sentido de que el escrito recursivo debe contener una crítica seria, razonada y prolija de la sentencia impugnada (LA 109-7, 82-1, 90-472, 85-433, 97-372).

Ello es así toda vez que el escrito de interposición del recurso extraordinario, tiene análogas exigencias que las requeridas para la expresión de agravios en la segunda

instancia, particularmente acentuadas incluso, en razón de la naturaleza excepcional de la vía.

Consecuentemente, debe contener una crítica razonada de la sentencia, con desarrollo expreso de los motivos de impugnación contra la totalidad de los elementos de igual rango que sustentan el decisorio recurrido.

Por lo mismo, la ausencia de impugnación de las conclusiones principales del acto sentencial o de sus fundamentos autónomos con eficacia decisoria, obsta a la procedencia de la vía excepcional (arts. 145, 152 y nota, 161, Código Procesal Civil) (LA 85-433, 90-374, 97-372, 109-7, 151-471, 169-85 170-204, 172-163).

Aplicando estos principios al sub lite, se observa que los remedios intentados, adolecen de falta de autoabastecimiento argumental suficiente y sustentable, que obsta su abordaje por este Cuerpo, atento la excepcionalidad de la vía intentada

Lo dicho se sustenta en el sub-lite, al advertirse un ejercicio abusivo del derecho por parte del recurrente y por tanto no se encuentra amparado por la Ley ( art. 1071 C.C.).

En efecto, la actora comunica por CD de fecha 10/septiembre del 2008 a su empleador que se encontraba cursando un embarazo de más de ocho semanas y que el certificado médico que así lo avala -fechado 08/09/2008- no había sido recibido por el encargado de turno por no tener firma autorizada (ver fs.8).

Luego envía otra comunicación en la que reclama ocupación efectiva.

Me interesa destacar lo que contesta el empleador a la comunicación del embarazo y la negativa de recibir el encargado de turno el mencionado certificado.

El demandado rechaza -mediante comunicación epistolar- el reclamo diciendo que el día 10 de septiembre había sido despedida dentro del periodo a prueba.

De las constancias de la causa surge que la actora con anterioridad al día 10 de septiembre (fecha en la que envía la comunicación) había intentado- así lo dice su carta documento- entregar un certificado médico que deja constancia de su estado de gravidez.

El mencionado certificado tiene fecha 08 de septiembre, por lo que avisado el empleador de tal circunstancia, el día 10 de septiembre intenta comunicar a la trabajadora que se encuentra despedida sin causa por estar en período a prueba mediante un telegrama que fracasa por inconvenientes con el domicilio de la trabajadora.

Ese mismo día (10) ya siendo las 20hs. el empleador manda la notificación por intermedio de una escribana, al mismo domicilio -fracasado en la carta documento- la que al no ser atendida por nadie la deja por debajo de la puerta.

El despido lo hace sin preavisar (15 días), como se requiere legalmente (art 92bis LCT), toda vez que el mismo empleador dice que fue despedida dos días antes de que se venciera el período a prueba (ver carta documento de fs.12).

Este hecho, junto con lo dicho por la actora que intentó previo a la comunicación epistolar- entregar un certificado médico que no es recibido por el encargado de turno y que tal negativa implicó que debiera comunicarlo con posterioridad mediante de carta documento.

A lo que se agrega, que tales circunstancias son avaladas por la testigo NAVARRO (cuya declaración no ha sido objeto de cuestionamiento alguno) que confirmó los dichos de la actora sobre la existencia del certificado, su intento de entregarlo y la negativa por parte del encargado de recibir la documentación y que debía dárselo a la encargada de la mañana.

Aclarando la testigo que el encargado se niega pero "...sin embargo era la persona que les entregaba los bonos de sueldos ya confeccionados, como también era la persona facultada para ordenar e impartir instrucciones al personal de la empresa, dicho certificado de instrucciones al personal de la empresa, dicho certificado de embarazo también fue visto por la cajera y otros compañeros de trabajo los que por ello la felicitaron, agrega que al otro día no la dejaron entrar para trabajar ni tampoco quisieron aceptar los certificados..."(fs. 161vta.de los considerandos de la sentencia).

Es decir, como luce de la síntesis realizada de las constancias probadas en la causa, surge llamativo el apuro del empleador en comunicar un despido sin causa a dos días de que se venciera el período a prueba -habiendo incumplido con el preaviso

correspondiente- coincidiendo este proceder con la noticia previa del embarazo de la actora.

Por ello no se presenta como arbitrario que el Tribunal exija- en el caso traído a resolver- que al empleador acredite que el despido no tuvo relación con la situación de embarazo de cuyo conocimiento se encontraba fehacientemente anoticiado.

En efecto, cabe recordar que la tacha de arbitrariedad requiere que se invoque y demuestre la existencia de vicios graves en el pronunciamiento judicial recurrido, consistentes en razonamientos groseramente ilógicos o contradictorios, apartamiento palmario de las circunstancias del proceso, omisión de consideración de hechos o pruebas decisivas o carencia absoluta de fundamentación (LS 188-446, 188-311, 192-206, 209-348, LS 223-176, etc.).

También que exista en los casos de análisis erróneo (cuando el error es inexcusable) ilógico o inequitativo del material fáctico. La omisión o merituación torcida de prueba decisiva, relevante, esencial y conducente para la adecuada solución del litigio, hace que el fallo no sea una derivación razonada de lo alegado y probado en la causa, agravando el art. 18 de la Constitución Nacional” (LS 238-392).

Finalmente y en mérito a todas estas consideraciones, es dable recordar los términos del art. 1071 del C.C., cuando dice que:” la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres...”

Y agrego a ello, los principios rectores en material laboral (y en el derecho en general) como son: principio de BUENA FE ...”es un principio y un deber de conducta recíproco de las partes que si bien no es específico del derecho del trabajo adquiere esencial relevancia ya que el contrato no solo contiene prestaciones de carácter patrimonial, sino también deberes de conducta...” (Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Tomo I- Editorial Abeledo Perrot -JULIO A. GRISOLÍA, pág. 130 y sgts. Año 2008). Principio de EQUIDAD...”se puede definir la equidad como la justicia del caso concreto....resulta trascendental cuando la aplicación de una norma a un caso determinado produce una situación disvaliosa o no querida por el propio legislador...”la equidad posibilita que el

juez ante una solución disvaliosa en un caso concreto por aplicación “estricta de la norma” no se transforme en un esclavo de la letra de la ley y deba aceptar el *summum ius, summa iniuria*, sino que se aparte de la letra para aplicar el espíritu de la ley para lograr una solución más justa...” (JULIO A. GRISOLÍA, ob. Cit. Pág. 130 y sgts.).

Relacionado con lo anterior, el principio de RAZONABILIDAD...es otro principio general de derecho que opera como filtro en la aplicación de interpretaciones disvaliosas de una norma o de determinadas situaciones. Se trata de un accionar conforme a la razón y a determinadas pautas de conducta que resultan lógicas y habituales...” ( Ley de Contrato de Trabajo, 2da edición comentada, JULIO A. GRISOLÍA -ERNESTO J. AHUAD, año 2009-página 41, comentarios al art. 11 de la LCT).

Teniendo en cuenta que no constituye labor del *ad quem*, suplir errores u omisiones, ni mejorar los recursos presentados en forma deficiente, debido a la naturaleza excepcional y restrictiva de esta instancia extraordinaria (LA 193-8), corresponde el rechazo de los recursos en análisis.

Por todo lo expuesto y si mis distinguidos Colegas de Sala comparten mi opinión, me pronuncio por el rechazo de los recursos extraordinarios de Inconstitucionalidad y Casación interpuestos por el VALOUR SRL

**ASI VOTO.**

Sobre la misma cuestión el Dr.Salvini adhiere por los fundamentos al voto que antecede.  
SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN EL DR. ADARO, dijo:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

**ASI VOTO.**

Sobre la misma cuestión el Dr. Salvini adhiere al voto que antecede.

**SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN EL DR. ADARO, dijo:**

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión que antecede, corresponde imponer las costas a la recurrida por resultar vencida (art. 36 ap.I y 148 C.P.C.).-

**ASI VOTO.**

Sobre la misma cuestión el Dr. Salvini adhiere al voto que antecede.

Con lo que terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

**S E N T E N C I A:**

Mendoza, 27 de junio de 2013.

**Y VISTOS:**

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva,

**R E S U E L V E:**

1º) RECHAZAR los recursos extraordinarios de Inconstitucionalidad y Casación interpuestos por VALOUR SRL.

2º) Imponer las costas las costas a la recurrida por resultar vencida (art. 36, ap.I y 148 C.P.C.).-

3º) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.-

4º) Dar a la suma de PESOS DOSCIENTOS (\$200) depositada a fs. 21 y 25 el destino previsto por el art. 47 inc. IV del C.P.C.

**NOTIFÍQUESE.**

Herman Amilton Salvini

Mario Daniel Adaro

**CONSTANCIA:** Que la presente resolución no es suscripta por Dr. Carlos BÖHM , por encontrarse en uso de licencia (art. 88 ap. III del C.P.C.). Secretaría, 27 de junio de 2013.-

Herman Amilton Salvini

Mario Daniel Adaro

**CONSTANCIA:** Que la presente resolución no es suscripta por Dr. Carlos BÖHM , por encontrarse en uso de licencia (art. 88 ap. III del C.P.C.).-

**Sentencia T-513/08**

**DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER  
EMBARAZADA**-Carácter fundamental

**DESPIDO DE MUJER EMBARAZADA SIN AUTORIZACION PREVIA**-Ineficacia

**DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER  
EMBARAZADA**-Condiciones especiales para que proceda protección

**DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER  
EMBARAZADA**-Es aplicable a todas las trabajadoras sin importar la relación  
laboral que se tenga o la modalidad del contrato

**PRINCIPIO PRO HOMINE**-Adopción de la decisión que mejor se compadece con la  
garantía de los derechos fundamentales en juego

**DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER  
EMBARAZADA**-No existió autorización previa de autoridad administrativa para  
terminar el vínculo laboral

**DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER  
EMBARAZADA**-Reintegro

Referencia: expediente T-1811028

Acción de tutela interpuesta por la señora Lina  
Marcela Castro Aguilera contra Zala Colombia  
Limitada.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., veintidós (22) de mayo de dos mil ocho (2008).



La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Manuel José Cepeda Espinosa, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

## **SENTENCIA**

Dentro del proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Primero Penal Municipal de Bogotá, en el trámite de la acción de tutela incoada por la señora Lina Marcela Castro Aguilera contra Zala Colombia Limitada.

### **I. ANTECEDENTES.**

La señora Lina Marcela Castro Aguilera, interpuso el trámite de esta acción de tutela, al considerar que la empresa Zala Colombia Limitada le vulneró sus derechos fundamentales a la dignidad humana, al debido proceso, a la defensa, a la protección a la mujer en estado de embarazo, a los derechos del menor que está por nacer, al trabajo, a la estabilidad laboral, a la seguridad social, a la igualdad, a la salud y al mínimo vital. La acción de tutela se fundamenta en los siguientes hechos:

#### **1. Hechos.**

Asevera que celebró un contrato de trabajo a término indefinido con la empresa Zala Colombia Limitada, en el cargo de auxiliar contable, en el horario de lunes a viernes de 8:00 a.m a 5:30 p.m, con una asignación mensual de \$600.000, y pese a que en el contrato de trabajo se consignó que iniciaba el día 21 de agosto de 2007, el vínculo laboral empezó realmente el día 17 de agosto de 2007, tal y como aparece en la copia del formulario de afiliación al sistema de riesgos profesionales que efectuó su empleador.

Indica que, en principio, la relación laboral se desarrolló sin inconvenientes, e inclusive algunas veces fue felicitada por su rendimiento laboral, pero que dicha situación cambió a partir del 20 de septiembre de 2007, fecha en la que informó a la directora administrativa de la empresa accionada sobre su estado de embarazo, poniéndole de presente la prueba de laboratorio que se había practicado ese mismo día.

Al respecto, manifiesta que fue víctima de un reiterado y público acoso laboral, dirigido con el objeto que presentara la renuncia de su cargo, precisando que su jefe le asignaba funciones sin considerar su estado y que eran “*ostensiblemente extrañas*” para las que

fue contratada, pues le encomendaban labores de mensajería, se le solicitaba que usara tacones, adicionalmente plantea que, con el propósito de humillarla, se le encargó el aseo de la cocina de la oficina.

De igual manera, afirma que el día 3 de octubre de 2007, se enfermó y fue atendida en urgencias, razón por la cual al día siguiente presentó a la directora administrativa la copia de la revisión médica que le dieron, en la cual se menciona su estado de embarazo, además que ese mismo día solicitó un permiso con el objeto de realizarse una ecografía.

Sostiene que el día 18 de octubre de 2007, le enviaron dos memorandos. El primero de ellos, por retardos en la hora de llegada, al cual presentó descargos en los cuales explicaba que se había demorado cinco o diez minutos para presentarse a laborar por congestión en el tránsito. En el segundo, señala que se le reprochó que no se presentara a laborar el sábado 13 de octubre de 2007, a lo cual aduce que, pese a que no era su horario laboral, era constreñida a trabajar dichos días, y que ese sábado no pudo asistir al trabajo porque tenía que cumplir algunas cargas de los estudios de contaduría que adelanta en la jornada nocturna.

Esgrime que el día 20 de octubre, aprovechando que el gerente se encontraba en Colombia, pues para septiembre había viajado al exterior, fue a notificarle personalmente su estado de embarazo, pero como no se encontraba en su oficina, le solicitó a la directora administrativa que le radicara un recibido, quien se rehusó a otorgárselo, y de manera apresurada elaboró una carta de despido.

Anota que se le presionó para que firmara dicha carta, a lo que en principio se opuso, pero la directora administrativa con la contadora de la empresa accionada no le permitieron abandonar las oficinas, y la contadora la tomó del brazo, y le advirtió: *“mejor reciba el cheque de la liquidación y evítese problemas”*, y ante la *“presión y agresión a la que fui sometida, en medio del llanto me derrumbé y accedí a firmar”*.

Asevera que ese mismo día, por medio de un tercero, logró radicar en la recepción del edificio donde se encuentra las instalaciones de la empresa demandada los documentos con los cuales se buscaba notificar por escrito al representante legal y que por la presión a la que fue sometida no pudo radicar.

Acerca de su situación socioeconómica, sostiene que su subsistencia se derivaba esencialmente del salario que percibía, puesto que no cuenta con otro ingreso que le permita sufragar sus necesidades y las de su bebe. Asimismo, señala que desde el día de su despido no ha podido acceder al sistema general de seguridad social en salud, y por tanto, ella y su hijo se encuentran *“desamparados en servicios de salud: control seguimiento y procedimientos sobre mi embarazo, parto y post-parto”*<sup>[1]</sup>.

Por lo anterior, solicita el amparo de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, al debido proceso, a la defensa, a la protección a la mujer en estado de embarazo, a los derechos del menor que está por nacer, al trabajo, a la estabilidad laboral, a la seguridad social, a la igualdad, a la salud y al mínimo vital, ordenándose *“que se cumpla de manera eficaz el deber de garantía que tienen las autoridades de proteger a través de la función pública a la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”*. De igual manera, como medida provisional, planteó que se ordenara a la empresa accionada que *“mantenga vigente mi afiliación a la seguridad social en salud, como garantía de control y seguimiento de mi estado de embarazo, asegurando la continuidad en la prestación del servicio de salud integral, sin solución de continuidad en la afiliación de la suscrita al sistema de seguridad social en salud, por ende, su consecuente reconocimiento y pago de las futuras o presentes prestaciones económicas, como licencia de maternidad, pido respeto y garantía de los derechos humanos y fundamentales reconocidos de (sic) mujer y el menor”*.

## **2. Respuesta de la empresa Zala Colombia Limitada**

La señora María Elena Bonilla Paez, en calidad de apoderada judicial de la empresa Zala Colombia Limitada, solicitó denegar la acción de amparo.

De ante mano, manifestó que la accionante cuenta con otros mecanismos de defensa judicial para reclamar sus derechos, pues la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para discutir las prestaciones económicas derivadas de la maternidad o para obtener un reintegro al cargo que venía desempeñando, y que tampoco el asunto fuera de urgencia, toda vez que el período de gestación es de nueve meses y la actora solo se encontraba en el primer trimestre de embarazo.

Por otra parte, indicó que la relación laboral se inició el día 21 de agosto de 2007, y en el contrato laboral se señalaba que el horario de trabajo era la jornada máxima legal que corresponde a 48 horas a la semana, por tanto como el horario pactado fue de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 5:30 p.m., este equivalía a 42 horas y media semanales, y por consiguiente, resultaba evidente que los días sábados la actora debía laborar las restantes cinco horas y media según las instrucciones de su empleador.

Refirió que la actora no le notificó acerca de su estado de embarazo, por cuanto ello fue dado a conocer al momento en que le entregó la carta de despido, por ende su embarazo no fue el motivo de la terminación del vínculo laboral.

Adujo que si bien, el día 3 de octubre de 2007, la actora no se presentó al trabajo pues aseguró que se encontraba enferma, en el documento que le entregó no se precisaba su estado. Asimismo, señaló que la carta que radicó la accionante en el edificio en donde se encuentra ubicada las instalaciones de la empresa fue con posterioridad al momento en que le entregó la carta de despido.

Aseveró que la causa que motivó de la terminación laboral fue la inasistencia y el incumplimiento en el horario de trabajo por parte de la accionante, pese, a que no justificó dicha razón en la carta de despido, ello no era necesario, pues la actora se encontraba en período de prueba, y por tanto no era necesario invocar alguna causal.

Finalmente, agregó, que reconocer la estabilidad laboral reforzada a las mujeres trabajadoras de manera incondicional, como lo ha venido entendiendo algunos jueces, crearía una discriminación contra la mujer, por cuanto *“ningún empresario sensato va estar dispuesto a contratar mujeres en edad fértil, **por el temor a resultar vinculado a perpetuidad**”* (Negrillas y subrayado en texto original).

## II. DECISION JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN.

### 1. Sentencia de única instancia.

El Juzgado Primero Penal Municipal de Bogotá, mediante sentencia de fecha 26 de diciembre de 2007, resolvió denegar el amparo de los derechos fundamentales de la señora Lina Marcela Castro Aguilera.

Sostuvo que el despido de la accionante se encontraba justificado teniendo en cuenta que se encontraba en período de prueba, y además que no había elementos que permitieran inferir que la empresa accionada tuviere conocimiento de su estado de embarazo.

Señaló que la demandante contaba con otra vía para dirimir la controversia, y el amparo no era procedente siquiera como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pues a su juicio, su reclamo era eminentemente económico y laboral.

La anterior sentencia no fue impugnada.

### **III. Pruebas.**

Del material probatorio que obra en el expediente, la Sala destaca lo siguiente:

- Copia del contrato de trabajo de trabajo a término indefinido suscrito por la señora Lina Marcela Castro, en calidad de trabajador, y la empresa Zala Colombia Limitada, en calidad de empleador, de fecha 21 de agosto de 2007. (Folio 12 y 52 *ib*).
- Copia de solicitud de vinculación al sistema general de riesgos profesionales y al sistema de seguridad social en salud a favor de la actora. (Folio 13 y 14 *ib*).
- Copia un examen de laboratorio realizado por Quálitas Salud Limitada a la demandante, de fecha 20 de septiembre de 2007. (Folio 15 *ib*).
- Copia de escrito de fecha 25 de septiembre de 2007, emitido por Compensar E.P.S. en el cual se autoriza el servicio de control prenatal a la demandante. (Folio 16 *ib*).
- Copia de escrito, de fecha 19 de septiembre de 2007, mediante el cual Compensar E.P.S. autoriza el servicio de nutrición por maternidad a la demandante. (Folio 17 *ib*).

- Copia de dos escritos realizados por la empresa accionada, y dirigidos a la actora. (Folio 19 y 20 *ib*).
- Copia de escrito de fecha 18 de octubre de 2007, dirigido a la empresa demandada y firmado por la demandante. (Folio 21 *ib*).
- Copia de examen de ultrasonido obstétrico realizado a la actora el día 4 de octubre de 2007, con fecha de recibido de 20 de octubre de 2007 por el edificio Santiago de Chile. (Folio 22 *ib*).
- Copia de escrito firmado por la actora al gerente de la empresa demandada, de fecha 20 de octubre de 2007, en el cual le informa que se encuentra en estado de embarazo. (Folio 23 *ib*).
- Copia de escrito de fecha 20 de octubre de 2007, efectuado por la señora Sandra Rodríguez, en calidad de Directora Administrativa de la empresa demandada, mediante la cual se da por terminado el contrato de trabajo con la actora a partir del día 21 de octubre de 2007. (Folio 24 y 55 *ib*).
- Copia de constancias médicas, de fecha de 3 de octubre de 2007. (Folio 56 y 57 *ib*).

#### **IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.**

##### **1. Competencia.**

Esta Sala es competente para revisar el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

##### **2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico.**

La actora manifiesta que la empresa Zala Colombia Limitada vulneró sus derechos fundamentales, al dar por terminado unilateralmente su contrato de trabajo en el cargo

que desempeñaba como Auxiliar Contable en dicha empresa, sin tener en cuenta su estado de gestación, pese a que previamente había dado aviso del mismo.

Por su parte, la empresa accionada señala que no tenía conocimiento acerca de la gestación de la demandante.

De acuerdo con la situación fáctica planteada, en esta ocasión corresponde a la Sala determinar si en el presente caso se cumplen los lineamientos dados por esta Corporación para proteger el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo y al mínimo vital de la actora, en razón a la terminación unilateral por parte de su empleador del contrato de trabajo.

Para efectos de resolver el problema jurídico planteado, se reiterará la jurisprudencia de esta Corte acerca de la procedencia por vía de tutela para la protección de la estabilidad laboral reforzada de la mujer en razón de su embarazo.

**3. La estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo. Reiteración La estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo. Reiteración de jurisprudencia.**

La Constitución Política preceptúa que el Estado debe velar por la protección especial a ciertos grupos de personas, que teniendo en cuenta sus características particulares y posición dentro de la sociedad, pueden ser susceptibles de agresión o discriminación (artículo 13 Superior), como es el caso de las mujeres que se encuentran en estado de embarazo.

Esta protección se desprende de varios mandatos constitucionales y, en especial, de lo consignado en los artículos 13, 43 y 53 superiores. Según lo previsto en el artículo 43 de la Constitución Nacional, la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. No obstante, el artículo 43 Superior, consagra en favor de la mujer en estado de maternidad una protección de carácter especial al señalar que *“durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”*. Tal protección se predica por ejemplo en el trabajo, debiendo ser amparada por la sociedad y el Estado en procura de garantizar que la vida que se está gestando, pueda a su vez

desarrollarse plenamente bajo el amparo de su progenitora. De igual manera, la disposición señala que es deber del Estado apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia.

Así mismo, la efectividad del ejercicio del derecho al trabajo, está sometida a la vigencia directa en las relaciones laborales de unos principios mínimos fundamentales establecidos en el artículo 53 de la Carta Política. De conformidad con este artículo los principios fundamentales que rigen las relaciones laborales son: *igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía de la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad*. Bajo este derrotero, la Constitución directamente protege la estabilidad en el empleo y la especial protección a la mujer en embarazo.

Al respecto en sentencia C-470 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, la Corte estableció lo siguiente:

*“...la mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones mas claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobrecostos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas. Por ello, los distintos instrumentos internacionales han sido claros en señalar que no es posible una verdadera igualdad entre sexos, si no existe una protección reforzada a la estabilidad laboral de la mujer embarazada”.*

Así mismo, la Corte en sentencia T-291 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, reiteró que la estabilidad laboral reforzada es “*un derecho fundamental*”<sup>[2]</sup>, que se deriva del derecho fundamental a no ser discriminada por ocasión del embarazo<sup>[3]</sup> y que implica



*una garantía real y efectiva de protección a favor de las trabajadoras en estado de gestación o de lactancia*<sup>[4]</sup>”.

Por ende, la mujer en embarazo por su especial situación, resulta acreedora de una particular protección por parte del Estado. Esta conclusión deriva de una interpretación sistemática de los artículos 13, 43 y 53 de la Constitución, según los cuales la mujer, como gestadora de vida, ocupa un lugar preferente en la sociedad que debe ser garantizado por el Estado, como quiera que en ella se integra la defensa de la vida del *nasciturus*, de la integridad familiar y del derecho a ser madre, sin que por esta decisión pueda ser objeto de discriminación de género.

De conformidad con lo anterior, la legislación colombiana ha reforzado la protección constitucional a la maternidad, con una serie de beneficios que amparan a las madres trabajadoras y ha consagrado la prohibición de despido por motivo de embarazo o lactancia<sup>[5]</sup>.

Así mismo, por presunción legal se entiende que el despido se efectuó por causa de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los 3 meses posteriores al parto y sin autorización del inspector del trabajo o del alcalde municipal en los lugares donde no existiere aquel funcionario, independientemente de la clase de relación laboral que exista<sup>[6]</sup>.

De igual manera, esta Corporación en sentencia C-470 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, señaló que el despido en los períodos legalmente amparados dentro de la maternidad y de la lactancia, sin que medie autorización previa del funcionario competente, será considerado nulo. En lo pertinente, la providencia dijo:

*“(...) carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario competente. Esto significa que para que el despido sea eficaz, el patrono debe obtener la previa autorización del funcionario del trabajo, para entonces poder entregar la correspondiente carta de terminación del contrato. Y en caso de que no lo haga, no sólo debe pagar la correspondiente indemnización sino que, además, el despido es ineficaz.”*

En consecuencia, si una trabajadora es despedida por su empleador y este no cuenta con la autorización administrativa para proceder al retiro, tiene derecho a ser reintegrada y al pago de una indemnización conformada por los siguientes factores: (i) el equivalente a los salarios de 60 días; (ii) 12 semanas de salario como descanso remunerado, y (iii) Las indemnizaciones por retiro sin justa causa y prestaciones a que hubiere lugar según la modalidad del contrato<sup>[7]</sup>.

Igualmente, la Corte ha sido enfática en señalar que *“en tanto exista una relación laboral, cualquiera que ella sea, es predicable de la mujer embarazada el derecho a una estabilidad laboral reforzada, como una consecuencia del principio de igualdad, y por ende, su relación laboral no puede quedar ni suspendida ni anulada al punto de que se afecte su condición de mujer en estado de embarazo, toda vez que al margen del tipo de relación laboral que este operando, durante el período de embarazo la mujer es acreedora de un derecho especial de asistencia y estabilidad reforzada, que obliga, en el evento de ser despedida, a apelar a una presunción de despido por discriminación en razón del embarazo, siendo el empleador quien asuma la carga de la prueba que sustente el factor objetivo que le permita su despido de manera legal”*<sup>[8]</sup>.

De allí, que el juez constitucional deba verificar sobre la situación concreta, si existe relación de causalidad entre el despido y el estado de embarazo o lactancia de la trabajadora, que trasladen la controversia legal al plano constitucional, donde será por la afectación a derechos fundamentales de ésta y/o del recién nacido o por nacer, que el amparo a los mismos deba ser dado en acción de tutela. Para esta labor, la Corte Constitucional ha trazado unas condiciones especiales para la procedencia del amparo por vía de tutela.

#### **4. Condiciones especiales para que proceda el amparo de estabilidad laboral reforzada por vía de tutela de mujeres en estado de embarazo. Reiteración de jurisprudencia.**

La jurisprudencia de la Corte, ha manifestado que por regla general, la acción de tutela no procede para obtener el reintegro al cargo por ineficacia del despido, como quiera que el mecanismo procesal adecuado es la demanda ante la jurisdicción ordinaria, en caso de empleados privados o trabajadores oficiales y, la acción contenciosa ante la jurisdicción contencioso administrativa para las empleadas públicas.

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha establecido<sup>[9]</sup> que si se alega que existe otro instrumento judicial, aquel debe ser idóneo y eficaz, que permita la protección inmediata de los derechos fundamentales de la misma forma en que lo haría la acción de tutela.

En esta medida, si una mujer en estado de embarazo es despedida, la Corte ha señalado que a fin de proteger el derecho constitucional a la estabilidad laboral reforzada, la acción de tutela procede siempre y cuando se encuentren acreditados los siguientes requisitos:  
<sup>[10]</sup>

*“a) que el despido se ocasione durante el período amparado por el “fuero de maternidad”, esto es, que se produce en la época del embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto (artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo).*

*“ b) que a la fecha del despido el empleador conocía o debía conocer la existencia del estado de gravidez, pues la trabajadora notificó su estado oportunamente y en las condiciones que establece la ley.*

*“ c) que el despido sea una consecuencia del embarazo, por ende que el despido no está directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique.*

*“d) que no medie autorización expresa del inspector del trabajo si se trata de trabajadora oficial o privada, o resolución motivada del jefe del respectivo organismo si se trata de empleada pública.*

*“ e) Que el despido amenace el mínimo vital de la actora o del niño que está por nacer.”*

En suma, para que proceda la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos de la mujer embarazada, es necesario que se cumplan las condiciones descritas anteriormente, con el fin de determinar, si el despido tiene una relación directa con el embarazo y saber si se configura un acto discriminatorio injusto, que tiene como consecuencia la aplicación de la presunción de despido en razón del embarazo, con la

consecuente ineficacia del mismo y la posibilidad de obtener el reintegro la mujer afectada[11].

Además, esta Corporación ha señalado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada se predica en cualquier relación laboral. Sobre este punto, la sentencia T-1008 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, indicó lo siguiente:

*“Como se señaló inicialmente, la estabilidad laboral se predica de todos los contratos, sin importar su clase y sin importar que el patrono sea público o privado; pues lo que se busca es asegurarle al trabajador que su vínculo no se romperá de manera abrupta y por tanto su sustento y el de su familia no se verá comprometido por una decisión arbitraria del empleador.”[12]*

Por su parte, la Corte en sentencia T-1177 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería, reiteró que:

*“en tanto exista una relación laboral, cualquiera que ella sea, es predicable de la mujer embarazada el derecho a una estabilidad laboral reforzada, como una consecuencia del principio de igualdad, y por ende, su relación laboral no puede quedar ni suspendida ni anulada al punto de que se afecte su condición de mujer en estado de embarazo. Así lo expuso esta misma Sala al considerar en una oportunidad anterior, que al margen del tipo de relación laboral que este operando, durante el período de embarazo la mujer es acreedora de un derecho especial de asistencia y estabilidad reforzada, que obliga, en el evento de ser despedida, a apelar a una presunción de despido por discriminación en razón del embarazo, siendo el empleador quien asuma la carga de la prueba que sustente el factor objetivo que le permita su despido de manera legal.”[13]*

## **6. El caso concreto.**

La señora Lina Marcela Castro Aguilar alegó que la empresa demandada vulneró sus derechos fundamentales, puesto que fue despedida del cargo que desempeñaba como auxiliar contable en virtud de un contrato laboral a término indefinido, sin que se tuviera

en cuenta su embarazo al momento de la terminación unilateral, aún cuando previamente había puesto en conocimiento a su empleador del mismo.

La empresa demandada adujo que tuvo conocimiento de la gestación de la actora solamente al momento del despido que se efectuó a partir del día 21 de agosto de 2007. Adicionalmente, aseguró que, en dicho momento, la accionante se encontraba en período de prueba, y por tanto podía dar por terminado el contrato laboral unilateralmente, sin que requiriera invocar alguna causal.

Sin embargo, la actora alegó que, pese a que en dicho contrato se consignó como fecha de iniciación el 21 de agosto de 2007, en realidad había empezado el día 17 de ese mes y año, lo que se podía comprobar con la afiliación que, ese mismo día, hizo su empleador al sistema de seguridad social en riesgos profesionales que se encuentra a folio 13 *ibídem*, y por tanto, en este evento se desvirtuaría lo señalado por la empresa accionante.

Ahora bien, encuentra la Sala que lo que está probado es que en la copia del contrato laboral celebrado entre la actora y la empresa demandada que se anexó al expediente (Folio 12 y 52 del cuaderno principal) se observa que la fecha de iniciación de la relación laboral fue el 21 de agosto de 2007, y además se pactó un período de prueba de dos meses.

De todos modos, tal y como lo señalamos anteriormente es procedente el amparo al derecho a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo sin importar la relación laboral que se predique, lo que es aplicable aún para la terminación del contrato laboral de aquellas que se encuentren en período de prueba. Pese que el período de prueba constituye una excepción al principio de la estabilidad en el empleo, puesto que existe una amplia facultad, tanto para el empleador como para el trabajador, de dar por terminado el contrato de trabajo sin necesidad de comprobar alguna justa causa para disolver el mismo, dicha facultad no puede ir en detrimento de los derechos fundamentales. Sobre este punto, la sentencia T-978/2004 señaló que:

*“Por tanto, al despido durante la vigencia del periodo de prueba, basado en un tratamiento discriminatorio injustificado, no podrá otorgársele los efectos jurídicos fijados en la legislación laboral para esta clase de actuaciones, por la*

*simple razón que dicha actuación negaría el valor normativo de las cláusulas constitucionales anteriormente mencionadas, que se constituyen en derechos fundamentales de los trabajadores, derivados del principio de igualdad (Art. 13 C.P.), el que, como se indicó anteriormente, además de proscribir la discriminación por determinados criterios, impone deberes positivos de promoción en materia laboral a sujetos de especial protección constitucional, de conformidad con lo estipulado en el artículo 54 Superior.*

*6. Esta solución, que impone claros límites al ejercicio de las facultades propias de la vigencia del periodo de prueba relacionadas con la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, no es novedosa, si se tienen en cuenta decisiones anteriores de esta Corporación y consideraciones tomadas del derecho comparado. Al respecto, las sentencias T-902 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y T-161 de 2002 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), que revisaron casos de trabajadoras amparadas por el fuero de maternidad que resultaron despedidas durante su vigencia, declararon que la estipulación de periodo de prueba dentro del contrato de trabajo era, en principio, inoponible frente a tal fuero, pues ello ocasionaría un resultado contrario al mandato de protección de los derechos fundamentales de la madre y del recién nacido. Esta posición es análoga a la adoptada por el Tribunal Constitucional español, quien al determinar la interpretación conforme a la constitución del artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, norma que contiene previsiones normativas sobre el periodo de prueba muy similares a las antes analizadas del Código Sustantivo del Trabajo, señaló que “el ámbito de libertad reconocido por el referido precepto no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales y, aunque se trata de una decisión que no es necesario motivar, nunca se puede hacer valer, por causas ajenas al propio trabajo, en contra de un derecho fundamental como es el de la igualdad”[\[14\]](#)”.*

Conforme a lo anterior, y teniendo en cuenta que la mujer gestante tiene derecho a una estabilidad laboral reforzada independientemente de la clase de relación laboral que tenga, se analizará si en el caso concreto se cumplen los requisitos para que proceda el amparo de dicho derecho.

Así bien, el primer requisito consiste en que el despido *se ocasione durante el período amparado por el "fuero de maternidad", esto es, que se produce en la época del embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto.*

Tal y como se precisó anteriormente, en el expediente se encuentra una copia de un contrato individual de trabajo a término indefinido suscrito entre la señora Castro y la empresa accionada, en el cual se señala que la relación inició a partir del día 21 de agosto de 2007. (Folio 15 del cuaderno principal). Asimismo, se encuentra una carta de despido unilateral suscrita por su empleador a partir del día 21 de octubre de 2007 (folio 24 *ib.*).

De igual manera, la actora se practicó un examen de laboratorio el día 20 de septiembre de 2007 (folio 15 *ib.*) que confirma su estado de embarazo.

Por lo anterior, se desprende que al momento de darse por terminado el contrato laboral, la accionante se encontraba en estado de gestación, y por ende opera la presunción que el mismo fue motivado por su estado.

De cara al segundo requisito, *que el empleador conocía o debía conocer el estado de embarazo de la empleada o trabajadora.*

La señora Lina Marcela Castro Aguilera sostiene que el día 20 de septiembre de 2007 le informó a la Directora Administrativa de la empresa accionada que se encontraba embarazada, y le puso de presente el correspondiente examen de laboratorio que se practicó ese mismo día, en el cual se corroboraba su gestación, el cual obra a folio 15 *ib.*

Por su parte, la empresa demandada señaló que solamente al momento en que dio por terminado de manera unilateral su contrato laboral, fue notificada del estado de la actora.

Con relación a la notificación del estado de mujer embarazada, la Corte en sentencia T-550 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, estimó que *"no se exige como requisito para protección constitucional del derecho a la maternidad, que la notificación del estado de embarazo que se realiza al empleador, deba ejecutarse atendiendo ciertas formalidades"* [\[15\]](#).



Sobre este aspecto, es preciso señalar que la actora esgrimió que el día 3 de octubre no pudo asistir al trabajo, por cuanto se encontraba enferma, lo que en efecto fue confirmado por la empresa demandada. Asimismo, manifestó que le presentó a la empresa el reporte de revisión de la I.P.S que la atendió, hecho que también fue ratificado por la empresa accionada. La señora Castro alega que en dicho informe se precisaba que se encontraba embarazada y que ese mismo día solicitó al empleador un permiso para realizarse una ecografía con el fin de establecer las semanas de gestación de su bebé. A su vez, la demandada alegó que en los documentos que le entregó la accionante no se mencionaba su estado, aportando unas constancias médicas de la señora Castro. De igual manera, la actora señala que el día 20 de septiembre, aprovechando que el gerente de la empresa se encontraba en el país, por cuanto en septiembre había viajado al exterior, fue a informarle personalmente su estado de embarazo, pero no la pudo atender. Alega que solicitó un recibido a la directora administrativa, quien se rehusó a otorgárselo y que de manera apresurada procedió a realizarle una carta de despido. Así pues, la Sala estima que la accionada debía aportar pruebas suficientes que desmintieran lo señalado por la actora, quien goza a su favor de la presunción que el empleador al tener conocimiento de su estado de embarazo de la demandante, procedió a dar por terminada la relación laboral.[\[16\]](#)

Adicionalmente, téngase en cuenta que esta Corporación ha reconocido la aplicación del principio *pro homine*[\[17\]](#), el cual consagra que toda interpretación relacionada con el ejercicio de los derechos humanos siempre debe escogerse aquella que signifique la menor restricción del mismo. Al respecto, en sentencia C-1056 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, se planteó que:

*“De otra parte es necesario tener en cuenta además que de acuerdo con el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[\[18\]](#), siempre habrá de preferirse la hermenéutica que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos a que aluden los tratados de derechos humanos[\[19\]](#) conocida también como **principio pro homine**, que tanto la jurisprudencia de la Comisión Interamericana[\[20\]](#) como de la Corte Constitucional ha aplicado en repetidas ocasiones[\[21\]](#).*



*La Corte Constitucional ha hecho referencia en efecto a dicha cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos en relación con la interpretación de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y su aplicación frente a los mandatos constitucionales y ha señalado que frente a aquellos prevalecen las normas contenidas en la Constitución cuando ellas ofrecen mayores garantías de protección de los derechos de las personas.*

De igual manera, esta Corporación ha considerado que en casos límites, en los cuales exista incertidumbre acerca del amparo a un derecho fundamental, es viable la aplicación de este principio. Al respecto en sentencia T-499/2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa se señaló que:

*“Tratándose de un caso límite, en el cual existe duda acerca de la protección de un derecho fundamental, resulta pertinente la aplicación del principio pro homine que ordena la adopción de la decisión que mejor se compecede con la garantía de los derechos fundamentales en juego...”*

Así pues, al aplicar el principio *pro homine*, y por tanto realizando la interpretación que resulte más favorable a la protección de los derechos de las personas, en el caso concreto ello se traduce en amparar los derechos de las mujeres que son discriminadas en razón de su embarazo;<sup>[22]</sup> máxime cuando la Sala advierte que en la respuesta de la acción, la empresa demandada sostuvo que la estabilidad laboral reforzada reconocida de manera incondicional “*va a crear a la larga una discriminación contra la mujer, porque ningún empresario sensato va a estar dispuesto a contratar mujeres en edad fértil, **por el temor a resultar vinculado por un contrato a perpetuidad.*** (Negrillas y subrayado en texto original).

Por todo lo anterior, la Sala concluye que el anterior requisito se encuentra cumplido.

Frente al tercer requisito, *que no medie autorización expresa del inspector del trabajo, o del alcalde en los eventos en que no existiere dicho funcionario, y si se trata de empleada pública, del jefe del respectivo organismo.*

La empresa demandada señala que la razón de su despido fueron los retrasos que presentó la actora en la hora de llegada al trabajo, y como la actora se encontraba en período de prueba no era necesario justificar su decisión.

Empero, como precisamos anteriormente, la protección laboral reforzada de las mujeres embarazadas se predica aún cuando se encuentren en período de prueba, y por tanto en estos casos el empleador debe solicitar la autorización ante las autoridades que se señalan el artículo 240 C.S.L. para disolver el vínculo laboral, so pena que opere en su contra la presunción consagrada en el artículo 239 *ibídem*, el cual dispone que: “Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente”

Se observa que no se cumplió con el procedimiento previamente determinado para despedir a una mujer embarazada, puesto que no consta en el expediente que la desvinculación de la accionante se hubiere realizado mediante autorización expresa del respectivo inspector de trabajo.

Finalmente, en relación con el quinto requisito *que el despido amenaza el mínimo vital de la actora o del niño que está por nacer*.

Para determinar dicha vulneración es importante indicar que la actora afirmó que el salario que percibía era el único recurso con el que contaba para satisfacer sus necesidades básicas. Adicionalmente, es importante tener en cuenta que devengaba un salario de \$600.000, y por tanto, por el monto de dicho ingreso, se puede deducir su afectación al mínimo vital.

Por lo expuesto, esta Sala de Revisión, considera que en el caso objeto de estudio se encuentran demostrados los requisitos exigidos para la procedencia de la acción de tutela con el fin de amparar los derechos de las mujeres gestantes o en período de lactancia teniendo en cuenta la especial protección constitucional con la que cuentan.

Así pues, el incumplimiento de los requisitos citados, conlleva a la ineficacia de la desvinculación de la demandante por cuanto no se demostró una causa objetiva que permitiese dar por terminado unilateralmente el vínculo laboral, y de esta manera se

presume que su despido fue el resultado de una discriminación en razón de su estado de embarazo.

Esta Corporación ha sido enfática en sostener que la desvinculación de mujeres amparadas por el fuero de maternidad afecta su subsistencia y la de su hijo por nacer, lo que genera conflictos que la sitúan en un estado total de indefensión. La anterior situación de desprotección genera que el debate trascienda a la órbita constitucional, dando cabida a la intervención del juez de tutela para proteger el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo. [\[23\]](#)

En este marco de ideas, la Sala protegerá los derechos a la condición especial de la mujer embarazada y el mínimo vital de la accionante, y se ordenará el correspondiente reintegro al cargo que venía desempeñando o a uno de igual o superior jerarquía, si no lo ha hecho todavía y si la actora así lo desea, al cargo que venía desempeñando o a uno equivalente o superior, en las mismas o mejores condiciones. Adicionalmente, la empresa Zala Colombia Limitada deberá reconocer a la señora Lina Marcela Castro Aguilera los salarios dejados de percibir durante la interrupción laboral, como quiera que el despido es ineficaz. Igualmente, deberá reanudar el pago las cotizaciones a la seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales de la señora Lina Marcela Castro Aguilar, los cuales no podrán ser presentados como una nueva afiliación. También deberá cancelar a la señora Lina Marcela Castro Aguilera la licencia de maternidad a la que tuviere derecho, si ésta no es asumida por otra empresa o entidad.

Asimismo, se hará un llamado a prevención al representante legal de la empresa accionada, para que en lo sucesivo evite incurrir en conductas como las que generaron esta acción de tutela y se abstenga de desproteger a los trabajadores que jurisprudencial y legalmente están cobijados por una estabilidad laboral reforzada, incluyendo las mujeres en estado de embarazo.

Este llamado debe entenderse con un fin vinculante que tiene consecuencias jurídicas y no puramente teórico, como ya se ha expresado por esta Corporación:

*"El efecto de una advertencia judicial en el sentido de que la persona o autoridad contra la cual se instauró la tutela deje de incurrir en las conductas objeto de reproche no tiene un alcance puramente teórico ni puede*

*entenderse como la absolució del comportamiento del implicado frente a sus obligaciones constitucionales.*

*“Por el contrario, quien es reconvenido por el juez de tutela, aunque ésta no se otorgue en razón de la carencia actual de objeto de la orden, tiene una sentencia judicial en su contra, previo proceso en el cual se ha demostrado que por su acción u omisión se generó el daño o se produjo la amenaza de derechos fundamentales. Por tanto, de una parte, debe responder, con arreglo al sistema jurídico vigente y según la magnitud de la conducta que le sea imputable, tal como resulta del artículo 6 de la Constitución Política.*

*(...)Pero, además, la advertencia judicial implica también una orden judicial vinculante, con efectos directos sobre la autoridad, ente o persona a quien se dirige, bajo el entendido de que su desobediencia ocasiona las sanciones contempladas en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, previo incidente de desacato”. [24]*

En consecuencia, la Sala revocará el fallo de única instancia, y procederá a amparar los derechos fundamentales de la demandante.

## **V. DECISIÓN.**

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### **RESUELVE:**

**PRIMERO.- REVOCAR** el fallo adoptado por el Juzgado Primero Penal Municipal de Bogotá, proferido el día 26 de diciembre de 2007, en virtud de la acción de tutela promovida por Lina Marcela Castro Aguilera contra la empresa Zala Colombia Limitada, y en su lugar amparar los derechos fundamentales de la señora Lina Marcela Castro Aguilera al mínimo vital, y a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada

**SEGUNDO.- ORDENAR** a la empresa Zala Colombia Limitada, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, reintegre a la señora Lina Marcela Castro Aguilera, si no lo ha hecho todavía, y si la actora así lo

desea, al cargo que venía desempeñando o a uno equivalente o superior en las mismas o mejores condiciones. Adicionalmente, la empresa Zala Colombia Limitada deberá reconocer a la señora Lina Marcela Castro Aguilera los salarios dejados de percibir durante la interrupción laboral, como quiera que el despido es ineficaz.

**TERCERO.- ORDENAR** a la empresa Zala Colombia Limitada, que se reanude el pago las cotizaciones a la seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales de la señora Lina Marcela Castro Aguilera. Tales pagos no podrán ser presentados como una nueva afiliación.

**CUARTO.- ORDENAR** a Zala Colombia Limitada, que cancele a la señora Lina Marcela Castro Aguilera la licencia de maternidad que tuviere derecho, si ésta no es asumida por otra empresa o entidad.

**QUINTO.- PREVENIR** al representante legal de la empresa Zala Colombia Limitada y a todos los funcionarios que lo representan, para que en el futuro se abstengan de incurrir en las conductas que dieron origen a la presente acción de tutela.

**SEXTO.- LÍBRESE** por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

-----  
[1] Los hechos narrados por la demandante se encuentran a folios 1 al 9 del cuaderno principal.

[2] Posición reiterada en las sentencias T-1177 y T- 286 de 2003.

[3] Sentencia T-778 de 2000, MP. Alejandro Martínez Caballero. Esta sentencia ha sido reiterada, entre otras sentencias, en las siguientes: T-568 de 1996, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-710 de 1996, MP. Jorge Arango Mejía; C-470 de 1997, MP. Alejandro Martínez Caballero; C-373 de 1998, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-141 de 1993, MP. Vladimiro Naranjo Mesa; T-497 de 1993, MP. Fabio Morón Díaz; T-119 de 1997, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-606 de 1995, MP. Fabio Morón Díaz; T-311 de

1996, MP. José Gregorio Hernández Galindo; T-426 de 1998, MP. Alejandro Martínez Caballero; T-174 de 1999, MP. Alfredo Beltrán Sierra y T-315 de 1999, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-771 de 2000, MP Alejandro Martínez Caballero, T-778 de 2000, MP Alejandro Martínez Caballero, T-664 de 2001, MP Jaime Araujo Rentería, T-1101 de 2001, MP Manuel José Cepeda Espinosa, T-167 de 2003 MP Manuel José Cepeda, T-501 de 2004, MP Clara Inés Vargas Hernández, T-063 de 2006, MP Clara Inés Vargas Hernández.

[4] Sentencia T-373 de 1998, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[5] Artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo. Modificado por el artículo 35 Ley 50 de 1990.

[6] Artículo 240 Código Sustantivo del Trabajo.

[7] Artículo 239 Código Sustantivo del Trabajo.

[8] Ver las sentencias T-873 de 2005, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-889 de 2005, MP. Jaime Araujo Rentería, T-862 de 2003, MP. Jaime Araujo Rentería, T-550 de 2004, MP, Manuel José Cepeda Espinosa.

[9] Al respecto confróntense las Sentencias T-1236/04, T-063/06, T-381/06 y T-195/07 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

[10] Acerca de estos requisitos pueden consultarse las Sentencias T-373/98, T-426/98, T-874/99; requisitos que han sido aplicados por la jurisprudencia de la Corte en las recientes Sentencias: T-002, T-014, T-053, T-063, T-070, T-381 , T-619 y T- 1040 de 2006 y las T-056, T-069, T-071, T-195, T-221, T-465, T-546, T-561 y T-761/07 de 2007.

[11] Sentencia T-1040/06.

[12] Sentencia T-1003/06.

[13] Ver las sentencias T-873 de 2005, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-889 de 2005, MP. Jaime Araujo Rentería, T-862 de 2003, MP. Jaime Araujo Rentería, T-550 de 2004, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[14] STC 198/1996. Esta sentencia reitera el precedente contenido en STC 94/1984 y STC 166/1988

[15] Posición reiterada en la sentencia T-900 de 2004, MP. Jaime Córdoba Triviño.

[16] Cfr. T-195/2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-063/2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-362/1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-375/2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-021/2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[17] El principio Pro Homine está reconocido en el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece: “1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

[18] “Artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

[19] Así, por ejemplo, el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala lo siguiente: “Artículo 5: 1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

[20] Cuando la Corte Interamericana ha explicado el alcance del principio pro homine en relación con las restricciones de los derechos humanos, ha expresado que "entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo" Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, "La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos)", del 13 de noviembre de 1985, Serie A, nº 5, párrafo 46.

[21] Ver, entre otras, las sentencias C-408 de 1996 y C-251 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-251/02 M.P. Eduardo Montealegre Lynnett y Clara Inés Vargas Hernández S.V. Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra.

[22] En sentencia C-251/2005, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se señaló que: "(...) en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan estos derechos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos". Ver también sentencia C-148 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis y C-318 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz.



[23] Sentencia T-1040 de 2006.

[24] Corte Constitucional, Sentencia T-555/97 M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Acerca de casos en los cuales la Corte ha ordenado llamados a prevención pueden consultarse las Sentencias: T-649/96, T-480/97, SU/480/97, T-123/98, T-302/98, T-534/98, T-590/98, SU-360/99, SU-601A/99, T-863A/.99, T-889/99, T-179/00, T-1100/01, T-558/03, T-951/03, T-161/04 o T-840/07, entre otras.