



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

HACIA UNA REFORZADA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA MADRE GESTANTE DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA EN UNA RELACIÓN LABORAL DEL RÉGIMEN PRIVADO

Francisco Vite-Talledo

Piura, julio de 2018

FACULTAD DE DERECHO

Maestría en Derecho Público con Mención en Derecho Constitucional

Vite, F. (2018). *Hacia una reforzada protección constitucional de la madre gestante durante el periodo de prueba en una relación laboral del régimen privado* (Trabajo de investigación de maestría en Derecho Público con Mención en Derecho Constitucional). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una licencia

[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](https://repositorio.institucional.pirhua.edu.pe/)

UNIVERSIDAD DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO



**Hacia una reforzada protección constitucional de la madre
gestante durante el periodo de prueba en una relación laboral
del régimen privado**

**Trabajo de Investigación para optar el Grado de Máster en Derecho Público
Con Mención en Derecho Constitucional**

Francisco Eduardo Vite Talledo

Asesor: Dr. Luis Castillo Córdova

Piura, julio 2018

Aprobación

Del Trabajo de Investigación titulado “*Hacia una reforzada protección constitucional de la madre gestante durante el periodo de prueba en una relación laboral del régimen privado*”, presentado por el abogado Francisco Eduardo Vite Talledo para obtener el Grado de Máster en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional, fue aprobado por el Director Dr. Luis Castillo Córdova.

Director de Trabajo de Investigación

Infinitas gracias a quienes siempre estuvieron dispuestos a brindarme su apoyo, que me comprendieron en mis peores momentos, que fueron mi motor de impulso cuando las fuerzas me abandonaban y que con cada palabra de aliento me hicieron comprender que los sueños están hechos para ser cumplidos. El presente Trabajo de Investigación se lo dedico con todo mi afecto, cariño y total esfuerzo a ustedes:

Mis padres.

Santos Francisco Vite Querevalú.

Maritza Haydee Talledo Granda.

Al Dr. Luis Castillo Córdova, quien fue mi Director de Tesis de Pregrado y que actualmente es también mi Director del Trabajo de Investigación del Programa de Maestría de Derecho Público, por su especial dedicación, sus certeras y constructivas críticas, sus sugerencias académicas y consejos de amigo.

Resumen Analítico Informativo

[Título del trabajo de investigación:] **Hacia una reforzada protección constitucional de la madre gestante durante el periodo de prueba en una relación laboral del régimen privado**

[Autor:] **Francisco Eduardo Vite Talledo**

[Asesor:] **Dr. Luis Castillo Córdova.**

[Tipo de trabajo de investigación:] **Trabajo de investigación de Maestría.**

[Grado que opta:] **Máster en Derecho Público con Mención en Derecho Constitucional.**

[Institución:] **Universidad de Piura. Facultad de Derecho.**

[Fecha de sustentación:] **Piura, julio de 2018**

Palabras claves: Derecho Constitucional, Derecho Laboral, Derecho Procesal Laboral.

Descripción: Trabajo de Investigación en Derecho perteneciente a la línea de investigación de Derecho Constitucional.

El autor presenta el resultado de la investigación acerca de la necesidad de implementar una reforzada protección constitucional de la madre gestante durante el periodo de prueba en una relación laboral del régimen privado, en nuestro ordenamiento jurídico nacional.

Contenido: El texto del trabajo de investigación está dividido en cinco partes: la primera, dedicada al análisis de los aspectos básicos y fundamentales del derecho al trabajo y su incidencia respecto del derecho a la igualdad, para ello se examinará su concepto, naturaleza jurídica, eficacia, regulación y contenido constitucionalmente protegido, ello desde los elementos sustanciales que caracterizan a todo derecho fundamental. La segunda parte, analiza cuál es la condición actual de la madre gestante en una relación laboral, específicamente durante el periodo de prueba, evidenciando su especial vulnerabilidad y justificando la necesidad de que se le confiera una protección reforzada que tutele correctamente sus derechos y que se condiga con la exigencia del derecho a la igualdad y el contenido constitucional del derecho al trabajo. La tercera parte, comprende un estudio a la institución del despido laboral y se enfoca en estudiar cómo dicha figura puede resultar aplicable frente a la actuación arbitraria del empleador cuando vulnera derechos fundamentales de una trabajadora gestante durante el periodo de prueba; la cuarta parte, se concentra en justificar la necesidad de implementar un mecanismo de protección constitucional reforzado que tutele el derecho al trabajo de la madre gestante durante el periodo de prueba, proponiéndose la observancia de deberes como la debida motivación y debido procedimiento y argumentándose la necesidad de una reforma legislativa de nuestro ordenamiento jurídico laboral, específicamente en los temas vinculados al periodo de prueba, y la quinta, expone la conveniencia de establecer un medio adecuado para proteger a la madre gestante durante el periodo de prueba, para cuyo efecto se evalúan la idoneidad entre la vía judicial ordinaria o la vía constitucional.

Metodología: El estudio emprende un análisis de tipo cualitativo, mediante la revisión de los conceptos que sobre el tema han dado distintos autores en el ámbito nacional e internacional, se concretiza asimismo, el problema jurídico a solucionar, realizándose un estudio de la situación actual de la trabajadora gestante durante el periodo de prueba de una

relación laboral del régimen privado, se analiza la doctrina extranjera y sentencias de Tribunales Constitucionales nacionales e internacionales y se propone conclusiones desde los fundamentos de la persona humana y sus derechos fundamentales, cuyo resultado es de utilidad para justificar una propuesta de reforma a nuestro ordenamiento jurídico laboral nacional.

Conclusiones: Nuestra actual regulación del periodo de prueba en el ámbito de una relación laboral adolece de serias inconsistencias que permiten la vulneración de los derechos fundamentales de las trabajadoras gestantes, situación derivada del desconocimiento de la verdadera esencia del periodo de prueba y de la ausencia de protección constitucional otorgada a ésta, por lo que se hace necesario dar apertura a una línea de investigación sobre dicho tema, más aún porque si se analiza la dignidad de la persona, sus derechos fundamentales recogidos en nuestro ordenamiento constitucional, la doctrina y sentencias de Tribunales Constitucionales nacionales e internacionales, se observará la evidente necesidad de promover una protección reforzada durante el periodo de prueba a favor de las trabajadoras gestantes y por ende, establecer la exigibilidad de promover una suerte de reforma a la regulación jurídica nacional vinculada al periodo de prueba, así como brindar el mecanismo de protección más idóneo para hacer viable dicha tutela.

Fuentes: Artículos de revistas, libros y sentencias del Tribunal Constitucional peruano, español y colombiano reseñados en la bibliografía de la tesis.

Fecha de elaboración resumen: Julio de 2018.

Índice de Contenido

| | |
|---|----|
| Introducción | 1 |
| Capítulo 1 Determinación del contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo y su incidencia respecto del derecho a la igualdad | 5 |
| 1.1. Definición de los derechos fundamentales..... | 5 |
| 1.1.1. La dignidad humana como fundamento | 5 |
| 1.1.2. Definición de los derechos fundamentales o derechos constitucionales..... | 8 |
| 1.2. Contenido constitucional de los derechos fundamentales..... | 11 |
| 1.2.1. Significado de contenido constitucional de un derecho fundamental y su validez terminológica | 11 |
| 1.2.2. Delimitación del contenido esencial o contenido constitucional de los derechos fundamentales | 13 |
| 1.3. Eficacia de los derechos fundamentales..... | 16 |
| 1.4. Derechos fundamentales como legitimadores del derecho, del Estado y de la sociedad..... | 18 |
| 1.5. El derecho fundamental al trabajo..... | 20 |
| 1.5.1. Definición de derecho al trabajo | 20 |
| 1.5.2. Regulación positiva del derecho al trabajo | 23 |
| 1.5.2.1. Protección a nivel de la legislación nacional | 23 |
| 1.5.2.2. Protección desde el ámbito internacional: aplicación de tratados internacionales | 25 |
| 1.5.3. Contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo | 28 |
| 1.5.3.1. Formulación general del contenido constitucional del derecho al trabajo | 28 |
| 1.5.3.2. Positivización del contenido constitucional del derecho al trabajo | 30 |

| | |
|---|----|
| 1.5.3.3. Igualdad de derechos de hombres y mujeres en el acceso al derecho al trabajo y permanencia en el empleo como parte del contenido esencial del derecho al trabajo | 44 |
|---|----|

| | |
|--|-----------|
| Capítulo 2 Especial condición de la madre gestante en la relación laboral del régimen privado y su incidencia durante el periodo de prueba..... | 49 |
| 2.1. Igualdad, no discriminación y especial protección de la madre gestante en materia laboral | 49 |
| 2.1.1. Igualdad y no discriminación de la madre gestante en la relación laboral | 49 |
| 2.1.2. La protección internacional de la mujer durante el periodo de gestación..... | 53 |
| 2.1.3. Vigencia y protección de los derechos de la madre gestante en materia laboral | 56 |
| 2.1.4. Supuestos de discriminación de la madre gestante durante la relación laboral | 59 |
| 2.1.5. Protección objetiva del embarazo durante el periodo de prueba: deber de la trabajadora de comunicar su estado al empleador..... | 61 |
| 2.2. El periodo de prueba durante la relación laboral | 62 |
| 2.2.1. Definición del periodo de prueba en la relación laboral | 62 |
| 2.2.2. Supuesto que implica la no superación del periodo de prueba | 64 |
| 2.2.3. Comunicación al trabajador de la no superación del periodo de prueba y sus efectos | 66 |
| 2.2.4. Hacia una adecuada armonización entre el derecho al trabajo y la libertad de contratación del empleador durante el periodo de prueba | 67 |
| 2.3. El llamado hacia una reforzada protección de la madre gestante durante el periodo de prueba..... | 72 |
| 2.3.1. Especial vulnerabilidad del derecho al trabajo de la madre gestante durante el periodo de prueba..... | 72 |
| 2.3.2. Adecuado ejercicio de la libertad de contratación del empleador y el deber de motivar la causa de no superación de periodo de prueba de la madre gestante | 75 |

| | |
|--|----|
| 2.3.3. Protección de la madre gestante: necesidad de implementar un debido procedimiento que garantice su defensa frente a actuaciones discriminatorias durante el periodo de prueba | 77 |
| 2.3.4. El despido nulo como consecuencia del acto discriminatorio del empleador durante el periodo de prueba | 81 |
| 2.4. Hacia una solución que garantice el derecho al trabajo de la madre gestante durante el periodo de prueba | 87 |

| | |
|---|-----------|
| Capítulo 3 Despido justificado frente a la actuación arbitraria del empleador que vulnera derechos fundamentales: despido nulo contra la madre gestante durante el periodo de prueba | 91 |
| 3.1. Regulación positiva del despido justificado en el ordenamiento nacional | 91 |
| 3.2. II. Procedimiento regular de despido justificado | 94 |
| 3.3. Causas que justifican el despido: una breve referencia..... | 97 |
| 3.4. Madre gestante y la no superación del periodo de prueba por razones vinculadas a su condición: despido nulo..... | 102 |
| 3.4.1. El periodo de prueba y la discriminación contra la madre gestante..... | 102 |
| 3.4.2. Vulneración de derechos fundamentales como presupuesto para invocar el despido nulo | 105 |
| 3.4.3. Despido nulo como mecanismo para sancionar la decisión discriminatoria del empleador contra la trabajadora gestante..... | 106 |

| | |
|--|------------|
| Capítulo 4 Hacia la implementación de un mecanismo de protección constitucional que tutele el derecho al trabajo de la madre gestante durante el periodo de prueba..... | 113 |
| 4.1. Deber de motivar objetivamente la decisión de no superación del periodo de prueba respecto de la madre gestante..... | 113 |
| 4.2. Implementación de un procedimiento de no superación del periodo de prueba y el ejercicio del derecho de defensa de la madre gestante..... | 118 |
| 4.3. Naturaleza del procedimiento de no superación del periodo de prueba..... | 121 |

| | |
|--|------------|
| 4.4. Armonización entre el procedimiento de no superación del periodo de prueba y el contenido del derecho al trabajo | 124 |
| 4.5. Hacia una propuesta de reforma legislativa sobre el periodo de prueba y su procedimiento garantista..... | 126 |
| Capítulo 5 Hacia la determinación del medio adecuado de protección frente al despido nulo (vía judicial ordinaria laboral o vía constitucional) | 131 |
| 5.1. El despido nulo y sus efectos en el derecho laboral peruano..... | 131 |
| 5.2. Naturaleza jurídica de la reposición en el despido nulo | 135 |
| 5.3. Reposición en el proceso laboral | 136 |
| 5.3.1. Según la Ley N° 26636 | 136 |
| 5.3.2. Según la Ley N° 29497 | 138 |
| 5.4. Elementos diferenciadores en la interposición de los procesos judiciales ordinarios y procesos constitucionales | 140 |
| 5.5. Reposición en el proceso de amparo: un comentario sobre la vía igualmente satisfactoria | 144 |
| Conclusiones | 151 |
| Referencias bibliográficas..... | 155 |

Introducción

Los derechos fundamentales son realidades subjetivas que el Derecho debe garantizar y tutelar, en la medida que permiten a la persona humana obtener grados de realización necesarios e imprescindibles para la satisfacción de necesidades propiamente humanas. En tal sentido, es realmente necesario determinar su contenido constitucional, que como tal vincula a los poderes del Estado y los constriñe a promover las acciones necesarias para alcanzar la finalidad deseada, ya que con su realización se muestra la expresión máxima de la dignidad humana. Así, los derechos fundamentales han merecido marcados ámbitos de protección, desde la normativa internacional (Convención Americana de Derechos Humanos, Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos) hasta la normativa nacional (Constitución Política del Perú y demás leyes).

Esto nos brinda el punto de partida para, en el primer capítulo del presente trabajo, remitirnos a la determinación del contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo, el cual, como se explicará minuciosamente, no sólo implica el acceso a un puesto de trabajo que le permita a la persona alcanzar grados de realización para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sino también exige que dicho derecho sea gozado por su titular con carácter de permanencia, evitando que actos arbitrarios del empleador puedan terminar por vulnerarlo y restringirlo indebidamente, vaciando su contenido y exponiendo a su titular a situaciones desventajosas que pongan en riesgo su subsistencia.

En este contexto, no es redundante establecer que vulnerar el contenido de un derecho reconocido constitucionalmente implicaría que la Constitución sacrifique su propio contenido, tal y como se argumentará oportunamente. Finalmente, se señalará que el contenido constitucional del derecho fundamental al trabajo es uno solo y todo él vincula de forma efectiva no sólo al poder político para tutelar su protección, sino, y con mayor rigor, a los particulares (empleadores) que no podrán, bajo actos arbitrarios y discriminatorios, vulnerarlo.

De otro parte, una vez identificado el contenido constitucional del derecho al trabajo, convendrá, en el segundo capítulo, justificar el por qué nuestro ordenamiento jurídico se encuentra llamado a ofrecer una especial protección a favor de la madre gestante cuando ésta se encuentra inmersa en una relación laboral del régimen privado, no solo al final de la misma, para garantizar la adecuada liquidación de beneficios sociales, sino también, y con

mayor fuerza, al inicio y durante su vigencia. Así, con especial fijación, realizaremos un análisis minucioso que permita identificar la presencia de actos arbitrarios y discriminatorios encubiertos en decisiones del empleador cuando el sujeto pasivo (madre gestante) desarrolla sus funciones laborales durante el periodo de prueba.

Así, se efectuará un bosquejo crítico a la institución del periodo de prueba, dejando entrever los vacíos legales que su regulación permite, en tanto, como se ha previsto legalmente, solo cuando se supera dicho lapso de tiempo en la relación laboral, recién se podrá alcanzar la protección contra el despido, no valorando que con tal condición se faculta al empleador a desvincular a sus trabajadores por aspectos no relacionados a su capacidad de adecuación al puesto de labores, sino por causas vinculadas a la discriminación por su condición y/o estado.

Ya en un tercer capítulo se justificará brevemente cuáles son las causas justas de despido, es decir, se identificará qué acciones o conducta desplegadas por el trabajador, incluida la madre gestante, pueden traer consigo el inicio del procedimiento de despido y finalmente la extinción de la relación laboral. A continuación, ya descendiendo en el tema que nos convoca en la presente investigación, se realizará un estudio de los presupuestos que denotan la comisión de un supuesto de despido injustificado como consecuencia de la discriminación de la madre gestante, explicándose cómo dicho actuar irregular se puede manifestar durante el periodo de prueba y la modalidad exacta de despido que dicha actuación del empleador desencadena.

Y es que, el eje de la presente investigación intentará abordar el problema jurídico que se presenta cuando el empleador, bajo el pretexto de ejercer su poder de dirección y su facultad discrecional para resolver contratos laborales, decide comunicar a la madre gestante que no superó el periodo de prueba en la relación laboral, no porque sus condiciones, experiencia y competencias no se ajustan al puesto desempeñado, sino por el simple hecho de haberse enterado de modo cierto que ésta se encuentra en estado de gestación y por pretender evitar “sobrecostos laborales” como son: los periodos de descanso pre y post natal y el subsidio por lactancia; actuación que resulta totalmente arbitraria y que transgrede no solo el derecho al trabajo, sino también el derecho a la igualdad, y por ende dicho acto será catalogado como un despido nulo.

A la par, a efectos de no transgredir la defensa del empleador, analizaremos las circunstancias fácticas de la relación laboral entre el empleador y la madre gestante, es decir, que según la condición física de la madre gestante se indicará que, para obtener la

referida protección reforzada, será necesario que la trabajadora haya informado a través de medio certero y fiable su condición especial (estado de embarazo), de tal forma que el empleador pueda encontrarse debidamente informado de la condición de su trabajadora y poder respetar y hacer cumplir los derechos que a ésta le benefician y tutelan, cerrando las puertas a justificaciones relacionadas con la falta o carencia de información.

A continuación, en un cuarto capítulo se propondrá como alternativa de protección, para la mujer gestante que es despedida de forma encubierta durante el periodo de prueba, la existencia de un procedimiento adecuado que garantice su derecho de defensa y que otorgue al empleador, la posibilidad de demostrar que su accionar, esto es, disponer la no superación del periodo de prueba de la madre gestante, obedece a cuestiones objetivas relacionadas a su capacidad de adecuación al puesto y al desempeño de ésta respecto de las funciones propias del cargo, y no que solo se corresponde a una maniobra arbitraria y discriminatoria que trate de encubrir un despido nulo.

Se justificará también, por qué es importante que el empleador, como parte beneficiada de la asimetría de la relación laboral, deba motivar las razones que lo llevaron a determinar que la madre gestante no ha llegado a superar el periodo de prueba, y por ende que resulta constitucional y ajustado a derecho disponer la extinción del vínculo laboral pese a que dicha trabajadora posea la condición especial de madre gestante. Así, se incidirá en el por qué dicha imposición de regularidad en la motivación se condice con el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo, realizando especial énfasis en que el goce de dicho derecho es una de las garantías y facultades sustanciales y connaturales a la dignidad y naturaleza humanas.

Desde esta perspectiva, se advertirá que nuestro legislador ha omitido otorgar una adecuada protección a favor de la madre gestante cuando ésta se encuentra en el periodo de prueba de una relación laboral, puesto que ha dado carta abierta a los empleadores para que, bajo su amplio poder de dirección y facultad discrecional, dispongan la no superación del periodo de prueba de personas con dicha condición, encubriendo un evidente despido nulo, cuyo motivo únicamente se asienta en supuestos de discriminación, como son: el derecho de la mujer de ser madre, denotándose con ello un vacío por defecto en la protección del contenido del derecho al trabajo respecto de las madres en estado de gestación.

Finalmente, en un quinto capítulo, se abordará la necesidad de que, ante una eventual actuación arbitraria o inmotivada por parte del empleador, podamos identificar qué acción

o vía legal resulta más idónea para otorgar protección a la madre durante el periodo de gravidez frente a un despido nulo, por lo que procederemos a analizar si la vía laboral ordinaria resulta realmente idónea para satisfacer u otorgar protección al derecho al trabajo, o si por el contrario, conviene más decantarse por la tutela constitucional a través de la acción de amparo.

Capítulo 1

Determinación del contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo y su incidencia respecto del derecho a la igualdad

1.1. Definición de los derechos fundamentales

1.1.1. La dignidad humana como fundamento

Nadie duda que la persona humana demanda la satisfacción de sus necesidades para conseguir su desarrollo y perfeccionamiento. Por ello, nos debemos preguntar: ¿Qué sentido tendría implementar un ordenamiento jurídico que no tenga como centro a la persona? ¿Qué valor tendría redactar normas y promulgarlas prescindiendo del valor de la persona humana? y ¿Cuál sería el objetivo de dicha regulación si no es la persona humana?

Y es que, todas las cosas que el hombre crea tienen como finalidad última la defensa del valor de la persona humana y su realización como fin supremo. Este es el caso del Derecho, el cual tendrá como fin último a la persona humana, es decir que será un instrumento que orientará todos sus efectos y virtudes hacia la óptima realización de la persona como sujeto de derechos.

La persona es una realidad ontológica compleja, a la cual el Derecho debe favorecer con la finalidad de hacer posible su desarrollo pleno a través de la consecuente satisfacción de sus necesidades, promoviendo altos grados de realización a través de un ejercicio razonable y armónico de sus derechos, así como de la ejecución y el cumplimiento cabal de sus deberes. Desde esta perspectiva, no se puede admitir que la persona humana sea un instrumento del Derecho, sino que por el contrario, el Derecho se encontrará al servicio de la persona humana.

Así, si el Derecho pretende resolver los problemas jurídicos que surgen de la convivencia humana, necesariamente deberá plantear como solución aquella que mejor se condiga con su valor, es decir, con su dignidad. La dignidad humana, en palabras de PECES-BARBA, tratará del “derecho a ser considerado como ser humano, como persona, es decir, como ser de eminente dignidad, titular de derechos y

obligaciones. Si este derecho reconocido quiebrna todos los demás derechos fundamentales, se quedan sin su punto de apoyo”¹.

De hecho, “la justicia y la paz en el mundo se sustentan en el tratamiento de la persona humana como un ser que tiene una dignidad y de la brotan una serie de exigencias que se han de respetar de modo irrestricto”², por ende no se puede hablar de la persona humana sin referirse a la dignidad de la cual viene premunida, la misma que al ser un valor permite que la persona sea un fin en sí misma.

La dignidad humana “constituye el fundamento del carácter valioso de la libertad, del deber de proteger aquellos despliegues suyos en que consiste la mayoría de los derechos (...) actúa como dato que fundamenta la obligatoriedad moral o jurídica, de realizar aquellas conductas o de respetar aquellos bienes en qué consisten los derechos humanos”³. Justamente, la dignidad es el “valor espiritual y moral inherente a la persona, íntimamente vinculado al libre desarrollo de la personalidad y a los derechos a la integridad física y moral, a la libertad de ideas y creencias, al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión de respeto por parte de los demás”⁴.

El respeto a la persona y a su dignidad humana viene reconocido en la Constitución del Perú, específicamente en el artículo 1 que dispone: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. A su vez, el Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución, ha sostenido que “la dignidad de la persona humana trae consigo una proyección universal frente a todo tipo de destinatario, respecto de los derechos fundamentales, de modo que no hay ámbito social exento del efecto normativo y regulador de dichos derechos”⁵, lo que permite concluir que la obligatoriedad de los derechos fundamentales proviene de la dignidad humana como valor de fin en sí misma.

¹ PECES-BARBA, Gregorio, *Derechos fundamentales*, 4º ed., Universidad Complutense, Madrid, 1996, p. 91.

² CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*, editorial Jurídica Grijley E.I.R.L, Lima, 2008, p. 4.

³ SERNA, Pedro, “La dignidad de la persona como principio de derecho público”, en *Derecho y Libertad*, número 4, 1995, p. 294 citado por CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los Derechos Constitucionales. Elementos para una teoría general*, Lima, Palestra editores, 2007, p. 50.

⁴ STC Exp. N° 53/1985, F.J. 8.

⁵ STC Exp. N° 02049-2007-AA/TC, F.J. 3.

De igual forma, continua exponiendo el Tribunal Constitucional que, “la dignidad humana es una cualidad inherente a la persona en cuanto ser humano, forma parte de ella y es inseparable de ella. Su reconocimiento expreso en el texto constitucional supone que la fundamentación del ordenamiento jurídico no depende de un valor suprapositivo o de un poder político determinado; todo lo contrario, tal configuración jurídica significa que la dignidad humana es *prius* lógico y axiológico de todo el sistema constitucional. Desde esta perspectiva, la dignidad de la persona se erige como el fundamento ontológico de los derechos fundamentales, desplegando su proyección hacia ellos, y a la vez, como el valor supremo del ordenamiento jurídico en su conjunto”⁶.

Ciertamente, “la maximización del derecho a la dignidad implica, tanto el aseguramiento de un mínimo de capacidades (o de recursos y prestaciones sociales), como la posibilidad de desplegar libremente la propia personalidad, impidiéndose la existencia de trabas ilegítimas. En ambos casos de tratar de asegurar o promover el ejercicio de la autonomía, idea muy vinculada a la dignidad humana”⁷.

Finalmente, es necesario mencionar que el Tribunal Constitucional, tiene dicho que “La dignidad humana constituye tanto un principio como un derecho fundamental; en tanto principio actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, y como derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo, donde las posibilidades de los individuos se encuentran legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección ante las diversas formas de afectación de la dignidad humana”⁸. Siendo así, si de persona humana nos referimos y si de ejercicio razonable y armónico de derechos fundamentales pretendemos hablar, será necesario valorar que toda decisión que se tome de cara a determinar la situación jurídica de una persona, demandará necesariamente que su contenido y efectos sean plenamente compatibles con la dignidad humana.

⁶ STC Exp. N° 00020-2012-AI/TC, F.J. 75.

⁷ GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter y SOSA SACIO, Juan Manuel, en GUTIERREZ CAMACHO, Walter (Editor), *La Constitución Comentada*. Tomo I, 2° edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 41.

⁸ STC Exp. N° 02273-2005-HC/TC, F.J. 10.

1.1.2. Definición de los derechos fundamentales o derechos constitucionales

La persona humana es el fin supremo, por lo que el Derecho, como creación humana, tendrá como finalidad el respeto de este valor. Una expresión de dicha exigencia a nivel normativo será el surgimiento de los derechos fundamentales. Y es que, “el respeto y favorecimiento de estos derechos son considerados la base y fundamento de muchas realidades necesarias para la existencia misma del género humano”⁹.

Bien vistas las cosas, se puede afirmar que “los derechos humanos pueden ser definidos como el conjunto de bienes humanos que han de ser reconocidos y garantizados por el Derecho a fin de permitir a la persona alcanzar cuotas de perfección humana en la medida que logran satisfacer necesidades o exigencias propia y efectivamente humanas”¹⁰. De esta manera, los derechos fundamentales se vislumbran como el sustento que se tiene para garantizar la esfera de derechos y libertades que le permitan a la persona humana alcanzar grados de realización y la satisfacción de sus necesidades. No en vano, se afirma de los mismos que son la “traducción normativa de los valores de dignidad, libertad e igualdad”¹¹.

En este sentido, de los derechos fundamentales podemos señalar que con su efectivo goce, la persona humana está llamada a alcanzar el mayor grado de realización y satisfacción de sus necesidades, por ende, dichos derechos deben gozar de una característica esencial, como lo es la obligatoriedad, la misma que no proviene de la ley, en tanto ésta puede ser derogada y consecuentemente resultar incapaz para vincular al poder político y a los particulares, por tanto el real origen de la obligatoriedad la encontramos en la dignidad humana misma, en la medida que el Derecho se predica respecto de la persona humana a quien por su innata condición y esencia le atribuyen derechos humanos con miras a la efectiva satisfacción de sus necesidades humanas.

Así, si definir a los derechos fundamentales pretendemos, es necesario hacer una breve mención a la definición sustentada por PEREZ LUÑO, para quien los derechos fundamentales son “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad

⁹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*, ob. cit., p. 5.

¹⁰ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los Derechos Constitucionales. Elementos para una teoría general*, Lima, Palestra editores, 2007, p. 37.

¹¹ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1992, p. 20.

humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”¹².

Además, se tiene que desde el punto de vista del constitucionalista CASTILLO CÓRDOVA, los derechos fundamentales son derechos humanos constitucionalizados, cuya conceptualización nuclear los define como “aquellas concretas expresiones de la dignidad, libertad e igualdad humanas dispuestas jurídicamente, que han sido recogidas –expresa o implícitamente– en la norma constitucional, y que vinculan positiva y negativamente al poder político al punto de legitimar su existencia y actuación”¹³.

Y es que no podemos obviar que, las definiciones que se trajeron a colación, encuentran respaldo en los enunciados normativos contenidos en los artículos 1¹⁴ y 44¹⁵ de la Constitución Política del Perú, en virtud de las cuales se lleva a comprender que el Estado, en su condición de ente gubernamental ostenta el deber de proteger y hacer efectivo el ejercicio de los derechos fundamentales, a tal punto que dicha obligación en su puesta en marcha se acaba disgregando en dos vertientes, una negativa y una positiva. Desde la vertiente negativa, se entenderá como la no interferencia del Estado respecto del ejercicio de los derechos fundamentales; mientras que desde su vertiente positiva, se comprenderá como la actividad de promoción que tendrá el Estado, no solo para hacer viable que la persona humana ejerza de forma natural sus derechos sino que estará orientada a desplegar una gama de estrategias y políticas para que con el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales se logre la efectiva satisfacción de las necesidades humanas alcanzando altos grados de realización.

Lo antes detallado también ha sido materia de discusión en el Tribunal Constitucional, el que ha mencionado que “en su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales no solo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado de terceros, sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, éste

¹² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los Derechos fundamentales*, 7ª edición, Tecnos, Madrid, 1998, p. 46.

¹³ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los Derechos Constitucionales. Elementos para una teoría general*, ob. cit., p. 111.

¹⁴ **Constitución Política del Perú.** “Artículo 1.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad”.

¹⁵ **Constitución Política del Perú.** “Artículo 44.- Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (...)”.

debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales. El carácter objetivo de dichos derechos radica en que ellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, en tanto que comportan valor materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado constitucional”¹⁶. Es por ello que dichos derechos fundamentales posibilitan que sus titulares alcance los más altos grados de realización personales para la satisfacción de sus necesidades.

El Derecho es una ciencia que no puede existir al margen de la persona humana, sino que por el contrario, es precisamente a través de su existencia que encuentra cada uno de sus grados de aplicación. Así, los derechos fundamentales al ser un medio para que la persona humana alcance el mayor grado de realización y satisfacción de sus necesidades, requiere que la justificación de su existencia y de su obligatoriedad no provenga de la ley, que únicamente los reconoce e instituye, sino que demandará que sus orígenes dimanen de la dignidad humana misma, ya que el Derecho se origina, justifica y termina con la persona humana a quien, por su sola naturaleza, le vienen conferidos y otorgados derechos humanos con la finalidad que, a través de su ejercicio razonable y armónico, puedan representar cuotas legítimas que contribuyan a la efectiva satisfacción de sus necesidades humanas.

Los derechos fundamentales, como derechos humanos constitucionalizados, pueden ser denominados también como derechos constitucionales, los cuales, en palabras de Pereira Menaut, son “pretensiones, facultades e inmunidades de las personas individuales, inherentes a su naturaleza humana, y normalmente reconocidas por las principales constituciones, las cuales, empero, no las crean ni constituyen, sino que simplemente las reconocen o declaran, facilitando así su ulterior protección legal y jurisprudencial”¹⁷.

Nuestra Constitución a la par con la de otros países, no crea ni establece derechos fundamentales o constitucionales, únicamente los reconoce, los consagra, siendo que su existencia tendrá como real objetivo ser una barrera contundente que suponga un límite efectivo al poder, en pos del ejercicio razonable de los derechos fundamentales.

¹⁶ STC Exp. N° 03330-2004-AA/TC, F.J. 9.

¹⁷ PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *En defensa de la Constitución*, Piura, Universidad de Piura, 1997, p. 422.

1.2. Contenido constitucional de los derechos fundamentales

1.2.1. Significado de contenido constitucional de un derecho fundamental y su validez terminológica

Como premisa enunciativa debemos indicar que, “es evidente que cualquier sistema de garantías orientado a la protección de los derechos fundamentales resultaría completamente ineficaz si no se conoce de manera cabal el significado de contenido constitucional o esencial de un derecho fundamental, pues sólo conociéndolo y determinándolo se podrá establecer si una acción u omisión del poder público puede resultar constitucionalmente legítima o si constituye una restricción indebida que transgrede de manera manifiesta el contenido constitucional del derecho”¹⁸.

Por tanto, corresponde analizar qué se entiende por contenido constitucional de un derecho fundamental. Primero, se debe precisar que nos hemos decantado por la expresión “contenido constitucional” en tanto el contenido de un derecho fundamental es uno solo y como tal, todo él vincula de modo efectivo, no solo al poder político, sino también a los particulares, por ende no se aceptará la existencia de un fragmento o parte del contenido de un derecho que pueda ser sacrificado o pueda prescindirse para salvar otro, o para la satisfacción de otro; y segundo, no se descarta el término “contenido esencial”, puesto que dicha definición parte de una premisa común, todo el contenido de un derecho fundamental, en la medida que proviene de la dignidad humana, exige ser respetado.

Para reforzar nuestra posición podemos mencionar que, en palabras de CASTILLO CÓRDOVA “debe rechazarse la existencia de un <<contenido esencial>>, sin con ello se entiende que existe un contenido no esencial el cual no vincularía a sus destinatarios. El contenido de los derechos constitucionales es un solo –no dos- y todo ese contenido es plenamente normativo y, por tanto, vincula la actuación del poder político (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) y a los particulares (...). Debe afirmarse, por todo ello, que el contenido constitucional de cada derecho

¹⁸ VITE TALLEDO, Francisco E., *La Constitucionalidad de la determinación y ejecución del mandato de detención judicial y su protección a través del Hábeas corpus*, Piura, Universidad de Piura, Facultad de Derecho, 2014, p. 8.

fundamental es indivisible”¹⁹. Y es que nuestra Constitución al ser una realidad compacta que no admite contradicción y que surgió como un mecanismo para limitar el poder, permite comprender que el contenido de un derecho fundamental al estar reconocido en la Constitución y al vincular todo él al poder y a los particulares, debe recibir el adjetivo de contenido constitucional.

Lo hasta aquí expuesto significa que “tanto el contenido convencional como el contenido constitucional de un derecho humano están conformados por su contenido esencial es decir, por el conjunto de atribuciones vinculadas estrechamente el bien humano debido, y que por esta razón su incumplimiento o negación implica necesariamente la negación del derecho humano porque frustra la consecución del bien humano debido que lo sostiene”²⁰. En otras palabras, el contenido constitucional de un derecho es uno solo, y todo este es esencial y debe respetarse en tanto vincula de modo fuerte a los particulares y al poder político.

Es oportuno abordar la compleja labor de definir el contenido constitucional de un derecho fundamental. En palabras de Cianciardo todo derecho fundamental “posee una estructura compleja, que recibe sentido y unidad desde su fundamento, convertible con su finalidad, y que su determinación –y, por tanto, la de su contenido- es siempre abierta, nunca definitiva”²¹. Sin embargo, ello “no significa que puedan expandirse ilimitadamente. Al respecto, para regular o delimitar el contenido de estos derechos se hace necesaria la intervención del poder público, especialmente del legislador”²².

Los derechos fundamentales son realidades limitadas, no obstante su contenido se va definiendo en la práctica, es por ello que la labor privilegiada del operador del Derecho radica en ir definiendo los contornos del contenido constitucional del derecho fundamental, es así que el contenido constitucional de todo derecho fundamental es *limitado, ilimitable y delimitable*²³: primero, *limitado* porque todo derecho fundamental tiene sus propios límites, inmanentes o internos, los cuales definen el contenido esencial del derecho y por lo que ese derecho es identificable

¹⁹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los Derechos Constitucionales. Elementos para una teoría general*, ob. cit., p. 232.

²⁰ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Derecho al trabajo y proceso de amparo*, primera edición, Lima, Palestra editores, 2017, p. 28.

²¹ CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, Eunsa, 2000, p. 283.

²² MESÍA RAMÍREZ, Carlos, “El contenido esencial de los derechos fundamentales. Significado, teorías y jurisprudencia”, en *Gaceta Constitucional*, N° 02, 2008, p. 26.

²³ Véase CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*, ob. cit., p. 20.

como tal, segundo, *ilimitable* porque ni el legislador ni nadie pueden desconocer esas fronteras inmanentes o internas que vinculan de modo fuerte al poder quien no puede transgredirlas restringiendo, limitando o sacrificando el contenido constitucional del derecho fundamental que se trate y tercero, *delimitable* porque el legislador, el órgano ejecutivo y el órgano judicial van perfilando con sus normas, actos y sentencias el contenido constitucional del derecho fundamental en cada caso concreto, la labor del poder político -en todo caso- es ir perfilando y sacando a la luz esos contornos o fronteras internas e inmanentes del contenido de los derechos fundamentales.

El contenido constitucional o contenido esencial de un derecho fundamental así entendido “será vinculante no sólo respecto del legislador –que es de quien normalmente se predica la vinculación- sino también del Ejecutivo y del Judicial como órganos del poder público, e incluso respecto de los particulares”²⁴. En otras palabras, el contenido constitucional de todo derecho fundamental es uno solo y todo él vincula de modo efectivo, tanto al poder político (eficacia vertical), como a los particulares (eficacia horizontal), definiendo a que tiene derecho una persona en el caso concreto y permitiendo que, con el ejercicio razonable del derecho, su titular alcance los grados de realización necesarios que se condigan con su dignidad y satisfagan sus necesidades.

1.2.2. Delimitación del contenido esencial o contenido constitucional de los derechos fundamentales

Ahora bien, resta por exponer la forma cómo se puede determinar el contenido esencial o constitucional de un derecho fundamental. Para ello se señalará que se empieza a determinar desde la misma norma constitucional, esto debido a que “un Estado democrático de Derecho es la verdadera garantía del sistema constitucional de los derechos, por ende no pueden tener una naturaleza jurídica extra ni anticonstitucional, como tampoco proteger unos intereses al margen o en contra del texto constitucional”²⁵.

²⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Principio de proporcionalidad y hábeas corpus”, en *Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Anuario de Derecho Penal*, 2008, pp. 28-29.

²⁵ TORRES DEL MORAL, Antonio, *Principios de Derecho Constitucional español*, Madrid, Anhter, 1992, p. 342.

La determinación se basa en los principios de unidad y sistematicidad de la Constitución, que exigen que la norma suprema sea interpretada como un todo unitario, como un cuerpo normativo que en la medida que reconoce los derechos fundamentales no puede ser, por su esencia, contradictoria. Por otro lado, el contenido constitucional también se va configurando con el análisis concordado de la norma internacional sobre derechos humanos, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos civiles y políticos, según lo tiene establecido la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú.

De igual modo, el contenido esencial de los derechos fundamentales se puede inferir desde una perspectiva teleológica “atendiendo a la finalidad para la que han sido formulados históricamente y a las otras que han ido agregándose razonablemente con el devenir del tiempo”²⁶, pero siempre desde una minuciosa evaluación que comprende las circunstancias del caso concreto. Por ello, mucha razón existe en reconocer que “el contenido constitucional de un derecho fundamental, si bien empieza a formularse desde el texto constitucional, no será sino en las circunstancias del caso concreto en las que termine por definirse”²⁷. Por ende, para la identificación plena del contenido constitucional o esencial de un derecho fundamental, jugará un especial rol las concretas y marcadas circunstancias en las que se pretenda ejercer dicho derecho.

En cuanto a la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales, tiene dicho el Tribunal Constitucional que “no puede efectuarse a priori, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona”²⁸.

²⁶ SERNA, Pedro, “Derechos Fundamentales: El mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información”, en *Humana Iura*, N° 04, Pamplona, 1994, p. 225.

²⁷ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los Derechos Constitucionales. Elementos para una teoría general*, ob.cit., p. 243.

²⁸ STC Exp. N° 01417-2005-AA/TC, F.J. 21.

Y es que, el contenido esencial o constitucional de un derecho fundamental será tal en la medida en que al ser el núcleo irreductible y mínimo del derecho, su esencia se encuentre en una indesligable concordancia con la dignidad humana. No olvidemos que la dignidad de la persona implica un valor moral y espiritual que le permite ser lo que es y valer lo que vale.

Cabe precisar que, un principio esencial que se aúna en la labor de determinar el contenido constitucional de un derecho fundamental es el principio de proporcionalidad, pero reformulándolo en algunos contenidos de modo que se convierta en un instrumento que sirve para establecer si una medida concreta se encuentra comprendida o no en el contenido esencial, siendo imposible que dicho contenido pueda sacrificarse o desconocerse, ya que la Constitución es unitaria y normativa plenamente. Así se debe admitir que “si es posible sostener una justificación razonable y constitucionalmente correcta de una concreta medida, entonces, esa medida forma parte del contenido constitucional del derecho fundamental que se invoque y, por ello, recibirá protección constitucional”²⁹, de lo que se infiere que será el principio de razonabilidad el mecanismo para ir delimitando el contenido constitucional de los mencionados derechos.

No se equivoca el Tribunal Constitucional cuando se refiere al contenido esencial del derecho fundamental como “el núcleo mínimo e irreductible de todo derecho subjetivo, indisponible para el legislador, y cuya afectación supondría que el derecho pierda su esencia”³⁰, si se asume que su núcleo conforma y agota el contenido constitucional del derecho fundamental.

Consecuentemente, se ha de ratificar que el contenido esencial de un derecho fundamental es uno solo y todo éste vincula de modo efectivo al poder político y a los particulares, siendo indisponible para legislador. De esa forma se despeja las tinieblas de considerar que el contenido de un derecho fundamental puede ser dividido en dos ámbitos, uno esencial y otro no esencial, que pueda ser sacrificado o restringido, puesto que admitir ello representaría negar el carácter uniforme, sistemático, unitario y vinculante de la Constitución. Dicho contenido nace limitado, pues ostenta límites inmanentes o internos, es ilimitable, en la medida que ni el legislador ni nadie lo puede restringir o sacrificar sino que por el contrario deberá

²⁹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Principio de proporcionalidad y hábeas corpus”, ob. cit., p. 54.

³⁰ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los Derechos Constitucionales. Elementos para una teoría general*, ob. cit., p. 251.

promover su ejercicio y es delimitable, en el sentido que es el Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, quienes con sus actos, normas y sentencias van definiendo el contenido esencial, el cual como núcleo vital mínimo e irreductible no puede ser afectado sin que ello implique su desnaturalización.

Por ello, es importante lo reseñado por el Tribunal Constitucional, quien en una de sus sentencias ha establecido 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 éste queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable y lo despojan de la protección constitucional otorgada”³¹.

1.3. Eficacia de los derechos fundamentales

Con respecto a la naturaleza vinculante del contenido constitucional de los derechos fundamentales tiene dicho el Tribunal Constitucional español, plenamente aplicable a nuestro sistema jurídico, que “la fuerza vinculante de los derechos fundamentales entraña para los poderes públicos una obligación positiva de lograr que su respeto y disfrute sea real y efectivo, lo cual puede incluso traducirse en medidas prestacionales de carácter económico”³².

La eficacia vertical demanda que “todos los derechos fundamentales cuentan con una doble significación en su contenido constitucionalmente protegido, uno subjetivo que contiene todas las facultades de acción que el derecho reserva a su titular y que exige la abstención por parte del poder público; y otro subjetivo o institucional que contiene la obligación del poder público de realizar acciones positivas necesarias a fin de lograr el pleno ejercicio y la plena eficacia de los derechos fundamentales en el plano de la realidad”³³.

Inclusive, el Estado tiene como finalidad innata la protección de la persona humana, a tal punto que ostenta una obligación no sólo negativa sino también positiva. Dentro del ámbito de la obligación negativa se tiene que el Estado se encuentra impedido de obstruir

³¹ STC Exp. N° 03850-2011-AA/TC, F.J. 3.

³² DE DOMINGO PÉREZ, Tomás, “La teoría de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, en *Gaceta Constitucional*, N° 48, 2011, p. 224.

³³ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los Derechos Constitucionales. Elementos para una teoría general*, ob. cit., p. 276.

el ejercicio de los derechos fundamentales y por su obligación positiva no sólo se limitará a no interferir en la esfera de acción de la persona humana, sino que tendrá una obligación de promoción y fomento de políticas y medidas orientadas a hacer viable su ejercicio pleno. En este sentido, coherente es el pronunciamiento del Tribunal Constitucional peruano, cuando sostuvo que “si un órgano administrativo omite el cumplimiento de la actuación positiva destinada a la protección de derechos fundamentales de la persona frente a actos del propio Estado o de particulares, habrá incurrido en la omisión de su deber de protección de derechos fundamentales y, en consecuencia, los habrá afectado”³⁴.

Entonces, resulta indiscutible que “los derechos fundamentales vinculan con un carácter de fuerza regulatoria a todos los actos del poder político y a las relaciones jurídicas inter privados, de modo tal que no deben contradecir a la Constitución, puesto que la Constitución resulta ser el fundamento último de todas las disposiciones legales cuya vigencia y cumplimiento hacen prevalecer la dignidad y la naturaleza humanas, esta ecuanimidad interna de la Carta magna es tan fuerte que se traduce en una unicidad y sistemacidad, debido a que ésta perdería su esencia si es que contiene disposiciones que puedan entrar en conflicto entre sí, es por ello que se debe admitir que la Constitución es un todo unitario cuyas disposiciones no pueden resultar contradictorios sin que esto implique que pueda afectar y vaciar su propio contenido”³⁵.

Luego, se justifica que el Supremo interprete de la Constitución manifestó que, “la vinculación de los derechos hacia cualesquiera de los poderes y, en general, órganos públicos, es lo que hemos venido en denominar *eficacia vertical* de los derechos fundamentales. Tal eficacia no es sino consecuencia de la naturaleza pre estatal de los derechos fundamentales y, por tanto, del carácter servicial del Estado para con ellos, en tanto que la persona humana se proyecta en él como el fin supremo (artículo 1 de la Constitución)”³⁶.

Por otro lado, también es muy cierto que los derechos fundamentales tienen una marcada eficacia horizontal, la cual en palabras del Supremo Interprete de la Constitución se sustenta “en el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución), en atención al cual “el valor central de la persona impone que sus derechos fundamentales proyecten también su efecto regulador al ámbito de la sociedad y de la propia autonomía

³⁴ STC Exp. N° 00537-2006-AA/TC, F.J. 11.

³⁵ VITE TALLEDO, Francisco E., *La Constitucionalidad de la determinación y ejecución del mandato de detención judicial y su protección a través del Hábeas corpus*, ob. cit, p. 16.

³⁶ STC Exp. N° 03179-2004-AA/TC, F.J. 17.

privada. La dignidad de la persona trae consigo la proyección universal, frente a todo tipo de destinatario, de los derechos fundamentales, de modo que no hay ámbito social que se exima de su efecto normativo y regulador, (...). En consecuencia, los derechos fundamentales vinculan, detentan fuerza regulatoria en las relaciones jurídicas de derecho privado, lo cual implica que las normas estatutarias de las entidades privadas y los actos de sus órganos deben guardar plena conformidad con la Constitución y, en particular, con los derechos fundamentales”³⁷.

Los derechos fundamentales “son eficaces verticalmente hablando, en el sentido que su cumplimiento resulta ser de obligatoria observancia respecto del poder político, de tal manera que éste no sólo debe abstenerse de infringir su contenido esencial o constitucional, en calidad de núcleo irreductible, sino que tiene el deber de promover el pleno ejercicio de tal contenido a partir de medidas y políticas adecuadamente diseñadas. Del mismo modo, presenta una eficacia horizontal, que premune a los derechos fundamentales o constitucionales de una peculiaridad que obliga a los particulares a respetarlos, esto en el ámbito de las relaciones jurídicas privadas y en toda actuación que lo demande y exija”³⁸.

1.4. Derechos fundamentales como legitimadores del derecho, del Estado y de la sociedad

Si la dignidad humana es “el principio constitucional superior que informa el entero ordenamiento constitucional y legal”³⁹, entonces está exigido que el ordenamiento jurídico deba interpretarse de forma tal que promueva el efectivo desarrollo de la persona, garantizando la plena vigencia de sus derechos fundamentales. Como ya se sostuvo, el Derecho existe como instrumento al servicio de la Persona, y esto le confiere legitimidad y validez.

Esta misma lógica se predica del Estado y de la Sociedad. El Constituyente peruano declara al inicio de la Constitución, que la Persona es el fin supremo del Estado y de la Sociedad (artículo 1). Esto significa que la Sociedad en su conjunto, y particularmente los poderes públicos, se encuentran al servicio de la Persona a través del favorecimiento de sus derechos. Por esta razón, el mismo Constituyente ha decidido que es un deber esencial del Estado promover la plena vigencia de los derechos humanos (artículo 44).

³⁷ STC Exp. N° 00228-2009-AA/TC, F.J. 22.

³⁸ VITE TALLEDO, Francisco E., *La Constitucionalidad de la determinación y ejecución del mandato de detención judicial y su protección a través del Hábeas corpus*, ob. cit, p. 17.

³⁹ MAURER, HARTMUT, *Staatsrecht*, C. H. Beck, Múnich, 1999, Rn 4, p. 257, citado por CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*, ob. cit., p. 7.

Así, al Estado le corresponde la labor de servir a la persona humana a fin de que ésta alcance los más altos grados de perfección posibles, puesto que el poder del que se encuentra investido el Estado ha sido conferido por el pueblo, por ende los beneficiarios de todas las políticas que el Estado presente, apruebe y aplique deben estar necesariamente orientadas a la protección y vigencia de los derechos fundamentales, de tal forma que se respete la dignidad humana como valor supremo, espiritual, moral e inherente a la persona.

Por otro lado, en lo concerniente a la sociedad, debe afirmarse que los derechos fundamentales en su eficacia horizontal vinculan a la sociedad de forma tal que todos los miembros que la componen deberán orientar su comportamiento al respeto y cumplimiento de tales derechos. Y es que, la sociedad será legítima en tanto su accionar se encuentre en consonancia con las exigencias de justicia que la Constitución depara. Así, encuentra sustento la afirmación que “los derechos humanos evolucionan hasta configurarse ya no solo en límites al poder, sino como participación de los ciudadanos en el poder, esto es, en la adopción de las decisiones colectivas de gobierno”⁴⁰. Consecuentemente, es en este contexto es que surge la idea de democracia, a través de la cual se faculta la participación de los ciudadanos para la incorporación en el ordenamiento jurídico de derechos subjetivos que permitan alcanzar adecuados grados de realización y satisfacción de necesidades a las personas.

Por añadidura, los derechos fundamentales, en palabras de Pérez Tremps son “el reflejo jurídico de los valores éticos de libertad y dignidad básicos en la sociedad democrática”⁴¹, que legitiman la existencia del Derecho, garantizando que el ordenamiento jurídico sea constitucionalmente válido, irradiando al Estado, no solo la obligación de actuar en sentido positivo (creación de políticas favorables a la persona), sino también, y en sentido negativo, imponiendo deberes de abstención frente al ejercicio regular de los derechos fundamentales; siendo que, en justa medida, ambos efectos deberán expandirse a las relaciones entre los privados (eficacia horizontal), estrictamente en el ámbito de la sociedad, estableciendo auténticos límites a la autonomía privada y la promoción de un ambiente propicio para el desarrollo de la persona.

Finalmente, y para contribuir a que el orden y la vigencia de los derechos fundamentales sea efectivo, cobrará importancia la presencia del ente encargado de

⁴⁰ SQUELLA, Agustín, Estudios sobre derechos humanos, p. 144, citado por CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*, ob. cit., p. 18.

⁴¹ PÉREZ TREMP, Pablo, “La Interpretación de los derechos fundamentales”, en *Estudios de Derecho Constitucional*, citado, p. 122, citado por CARPIO MARCOS, Edgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Lima, Palestra editores, 2004, p. 45.

administrar justicia, es decir, la existencia del órgano judicial, el cual “interviene para proteger la definición constitucional –o legislativas según las circunstancias- de los derechos, ya sea ante el mismo poder público, como ante los particulares. Todos los derechos fundamentales, como manifestación de su carácter objetivo o prestacional, requieren de una actuación positiva tanto por parte de los tribunales del Poder Judicial como –y principalmente- del Tribunal Constitucional”⁴².

1.5. El derecho fundamental al trabajo

1.5.1. Definición de derecho al trabajo

El Derecho al trabajo es un derecho fundamental y en específico un derecho social, el mismo que al ser connatural a la persona humana, es decir, al encontrarse, su esencia, íntimamente relacionada con la naturaleza misma de la persona y con su dignidad, ha demandado ser reconocida constitucionalmente. En este marco, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “la importancia del trabajo descansa en [la] (...) –Vocación y exigencia de la naturaleza humana”⁴³. Y es que, el derecho al trabajo como bien humano constitucionalizado, cuyo origen radica en la dignidad y en la naturaleza de la persona, exige, primero, un adecuado reconocimiento y segundo, el establecimiento de garantías concretas que permitan su ejercicio, en la medida que, solo con ello, la persona humana alcanzará idóneos grados de realización personales y la satisfacción de sus necesidades.

Este derecho tiene como punto de partida la naturaleza humana. Se trata de una naturaleza que vale como fin supremo, y este valor dibuja su dignidad. Este ser y valor es llevado por la persona a todo ámbito en el que despliegue su actividad. De esta manera, cuando la persona ingresa a una relación laboral, lleva consigo su ser y su valor, y con ello los bienes humanos que le son debidos, es decir, sus derechos fundamentales. La dignidad humana está presente en el ámbito laboral con la finalidad que la persona se desarrolle en óptimas y adecuadas condiciones que le permitan alcanzar altos grados de realización y perfeccionamiento, acordes con su naturaleza misma y como fin en si misma.

⁴² CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los Derechos Constitucionales. Elementos para una teoría general*, ob. cit., p. 286.

⁴³ STC Exp. N° 00008-2005-AI/TC, F.J. 18.

Justamente dicha obligación de respeto a la dignidad humana y a los derechos fundamentales al interior de la relación laboral se encuentra reconocida en el tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución Política del Perú, de cual brota la norma “Está ordenado que no se limite el ejercicio de los derechos constitucionales ni se desconozca o rebaje la dignidad del trabajador en la relación laboral”.

Así entendido, el derecho al trabajo contiene otras exigencias que hacen viable su ejercicio o que, indesligablemente, surgen como consecuencia de su puesta en práctica y por lo tanto, exige su cumplimiento a través del ejercicio de tal derecho. Para ejercitar el derecho al trabajo se requerirá la libertad para ejercer o no el derecho, es decir, para trabajar o no, también concurrirá el principio de igualdad para garantizar iguales oportunidades de acceso al empleo, tal como lo prevé el artículo 26, literal a) de la Constitución; mientras que, una vez obtenido el empleo y durante la permanencia en el mismo, el trabajador tendrá derecho a percibir una remuneración justa y digna, ello de acuerdo a lo regulado en el artículo 24 de la Constitución, del cual se desprende que “Está ordenado que el trabajador tenga derecho a una remuneración equitativa y, suficiente que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual”; y finalmente, incluso tendrá derecho a que el término de la relación laboral sea fruto de un acto razonable y no arbitrario, en la medida que así lo tiene previsto el artículo 27 de la Constitución.

Por dichas consideraciones, el derecho al trabajo puede ser estudiado como un derecho continente, el cual en su misma concepción comprende una serie de exigencias que convergen en la máxima realización de la persona humana, y como tal, demanda su protección a nivel constitucional. A tal efecto, para arribar a una definición de derecho al trabajo, corresponde, primero, señalar que a través de lo dispuesto en el artículo 22⁴⁴ de la Constitución Política del Perú se ha reconocido que el trabajo, como tal, es un derecho y un deber de la persona que, en la medida en que es ejercido debidamente, permite un bienestar no solo personal, sino también social para la persona.

De igual forma, una segunda referencia sobre el derecho al trabajo, se desprende de lo establecido en el inciso 15) del artículo 2⁴⁵ de la Constitución Política del Perú, a partir del cual se puede entender que el ejercicio del citado

⁴⁴ **Constitución Política del Perú.** “Artículo 22.- El trabajo es un deber y derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”.

⁴⁵ Artículo 2, inciso 15.- Toda persona tiene derecho: 15. A trabajar libremente, con sujeción a ley.

derecho tiene formas de manifestarse o formas que en su ejercicio se hace posible: “a) La elección del tipo de trabajo que se quiere realizar, sobre la base de las aptitudes del trabajador y a las características de sus proyectos de vida (...). b) El derecho a cambiar el tipo de trabajo en el momento en que lo estime conveniente el trabajador, cumpliendo los requisitos establecidos en la ley (...). Este precepto impide la continuación forzada o coercitiva de un contrato de trabajo a plazo fijo cuya continuación no desea el trabajador. c) El derecho de oponerse a cualquier forma de trabajo forzoso. d) La necesidad de que el trabajo a ejecutarse no sea contrario al ordenamiento legal vigente, en cuanto este pudiera prohibir determinado tipo de actividades por ser contrarias al orden público (por ejemplo, el trabajo que implique una actividad delictiva en su ejecución)”⁴⁶.

Y es que, ante el contexto de que “la persona necesita de medios para atender una serie de requerimientos -algunos de ellos vitales- que le vienen dados por su naturaleza esencialmente imperfecta, como puede ser el alimento, la vestimenta, la vivienda, etc”⁴⁷, cobra importancia el derecho al trabajo, el mismo que puede ser definido como un bien humano constitucionalizado y debido que se encuentra indudablemente vinculado a la naturaleza humana misma, de tal forma que con su ejercicio le depara a su titular la posibilidad de acceder a determinados bienes, objetos y prestaciones, ofreciendo para ello y en calidad de contraprestación, el otorgamiento de su fuerza, así como su capacidad intelectual a un sujeto llamado empleador encargado de desarrollar una actividad eminentemente productiva; siendo que, con la obtención de dichas prestaciones económicas (remuneración), la persona humana se sienta útil, alcance la satisfacción de sus necesidades y obtenga cuotas de perfeccionamiento que le faculten su realización personal.

En otras palabras, se puede entender que el derecho al trabajo “es un bien humano esencial que solventará una necesidad humana esencial a través de la ejecución de una acción en concreto, la cual es definida como trabajo”⁴⁸, el mismo

⁴⁶ ELÍAS MANTERO, Fernando “Derecho al trabajo”, en GUTIERREZ CAMACHO, Walter (Editor), *La Constitución comentada*. Tomo I, 2^o edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 268.

⁴⁷ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Derecho al trabajo y la adecuada protección contra el despido arbitrario”, en *Igualdad, Derechos Sociales y control de Políticas Públicas en la Jurisprudencia Constitucional, Cuadernos sobre Jurisprudencia Constitucional*, N.º 12, septiembre 2017, Palestra Editores, Lima, 2017, p. 129.

⁴⁸ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Derecho al trabajo y la adecuada protección contra el despido arbitrario”, en *Igualdad, Derechos Sociales y control de Políticas Públicas en la Jurisprudencia Constitucional, Cuadernos sobre Jurisprudencia Constitucional*, ob. cit., p. 129.

que es definido como “el esfuerzo humano físico o intelectual, aplicado a la producción con el propósito una retribución. La Constitución señala que es a la vez un deber y un derecho, y que es la base del bienestar social, ya que mediante él todos podemos obtener lo que se requiere para vivir y progresar. El trabajo es también uno de los medios de realización de la persona en múltiples sentidos. Primero, porque le permite ganar legítimamente su sustento. Pero además, hace que la persona transmita a su quehacer sus propias capacidades, y ello mismo es ya un vehículo de realización, no importa cuál trabajo efectúe, pues todas las actividades laborales, dentro de la ley, contribuyen con la riqueza del país”⁴⁹.

1.5.2. Regulación positiva del derecho al trabajo

1.5.2.1. Protección a nivel de la legislación nacional

El sustento del derecho al trabajo, como bien humano debido, lo encontramos en la naturaleza y en la dignidad de la persona humana, el cual en la medida que permite la realización de la persona, exige ser reconocido en la Constitución, la cual, en un Estado constitucional democrático, “no sólo es una norma con fuerza vinculante que vincula a los poderes públicos y a todos los ciudadanos, sino que también es la norma fundamental y suprema del ordenamiento jurídico. Esto es así porque la Constitución, a partir del principio de supremacía constitucional, sienta las bases constitucionales sobre las que todas las acciones personales, civiles, económicas, sociales y sobre todo militares deben estar de acuerdo con las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico que la Constitución señala”⁵⁰. Por lo tanto, se puede arribar a la conclusión de que, si se pretende definir el derecho al trabajo, se debe partir de la dignidad misma de la persona y de las potestades que esta exige que se confieran a la persona para el goce de sus derechos, pero además se debe analizar la norma que lo reconoce como medio de realización de la persona, es decir, la Constitución Política del Perú.

Siendo así, se debe señalar que nuestra Constitución establece en su Artículo 22 que “el trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”, de cuya disposición dimana

⁴⁹ CHANAMÉ ORBE, Raúl, *Comentarios a la Constitución*, Quinta edición, Lima, Jurista Editores, 2008, p. 236.

⁵⁰ STC Exp. N° 02673-2008-HC/TC, F.J. 5.

la siguiente norma: “Está ordenado respetar el contenido esencial del derecho humano al trabajo”⁵¹.

Asimismo, en el artículo 23 de la Constitución Política del Perú se tiene previsto que “El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo”, de cuyo dispositivo se entenderá que el trabajo como bien esencial, pero escaso, exige a los Estados acciones orientadas a promover su creación, de tal forma que, una vez que generados, estos puedan ser ocupados por las personas quienes no solo se sentirán útiles sino que además lograrán obtener ingresos económicos que le faciliten la satisfacción de sus necesidades y consecuentemente, su realización.

Por ende, de dichas disposiciones, se concluye que el derecho al trabajo como bien humano constitucionalizado, capaz de satisfacer las necesidades de las personas y permitir que éstas alcancen grados de realización, merece no solo un reconocimiento constitucional, sino también exige por parte del Estado peruano el debido respeto y la consecuente promoción, con la finalidad de hacerlo accesible a todas las personas que, libremente, decidan ejercerlo.

Luego, una vez que la persona se encuentre inmersa en una relación laboral (en la cual, como hemos mencionado, no abandona sus derechos fundamentales) tendrá, con sujeción al derecho al trabajo, no solo la potestad de permanecer en el puesto de trabajo percibiendo una remuneración digna y justa, sino que también se le conferirá el derecho a no ser despedido arbitrariamente, tal como lo tiene previsto el artículo 27 de la Constitución Política del Perú.

Tal es el nivel de protección conferido al derecho al trabajo, que nuestro ordenamiento jurídico ha previsto la protección especial del referido derecho a través de cuerpos normativos tales como: el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N° 001-96-TR, Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo y la Ley N° 26636, Ley Procesal de Trabajo y la Ley N° 29497,

⁵¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Derecho al trabajo y la adecuada protección contra el despido arbitrario”, en *Igualdad, Derechos Sociales y control de Políticas Públicas en la Jurisprudencia Constitucional, Cuadernos sobre Jurisprudencia Constitucional*, ob. cit., p. 131.

Nueva Ley Procesal de Trabajo (solo por mencionar algunas), entre otras, las mismas que se aplicarán con sujeción a lo dispuesto por la Constitución.

De esta forma, queda claro que todas las leyes que nuestro ordenamiento jurídico prevé en materia laboral, deban aplicarse con sujeción y plena observancia de la Constitución, garantizando que el derecho al trabajo se encuentre correctamente protegido y que su contenido esencial sea concretamente delimitado, ya sea cuando se expresen actos entre privados o cuando se emitan actos por parte de los órganos del Estado, mas aún porque éste último tiene como principal objetivo garantizar la plena realización de la persona.

Es por ello que en el presente trabajo, con especial fijación en el régimen laboral privado y respecto de un especial sector de la población: mujeres trabajadoras en estado de gestación; se pretenderá armonizar los actos emitidos por el empleador respecto al contenido esencial o constitucional del derecho al trabajo, específicamente en su dimensión prestacional de permanencia en el empleo, todo ello con sujeción a un plano de igualdad y de proscripción de la discriminación; efectuándose, de ser necesaria, una crítica a las instituciones jurídicas comúnmente aceptadas y reconocidas en la doctrina laboral, así como proponiendo reformas legislativas que promuevan una protección reforzada respecto de este grupo especialmente vulnerable.

1.5.2.2. Protección desde el ámbito internacional: aplicación de tratados internacionales

Para analizar la aplicación de la normativa internacional al ámbito nacional, primero se debe citar la Cuarta Disposición final y transitoria de la Constitución Política del Perú.- “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. Siendo así, debemos concluir que la normativa internacional se incorpora al ordenamiento jurídico peruano como derecho convencional, por lo que, atendiendo a ello, corresponde definir cuáles son los tratados y acuerdos

internacionales que el Perú ha suscrito y cuya aplicación se inserta en nuestro ordenamiento jurídico interno, contribuyendo a la definición que del derecho al trabajo se tiene.

El derecho al trabajo ha sido reconocido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 23.1 al establecer que “toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”.

Así, por un lado, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el artículo bajo comentario, establece la siguiente norma: “Está ordenado que toda persona tenga derecho a la libre elección de su trabajo”, esto es, que tendrá la plena facultad de elegir qué empleo le resulta más acorde a su perfil ocupacional o profesional, así como qué empleo le permite obtener mayores beneficios.

Mientras que, por otro lado, la Declaración Universal de los Derechos Humanos también establecerá como norma la redactada en el siguiente tenor: “Está ordenado que los Estados otorguen a las personas condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”, lo cual determina que los Estados que acogen su regulación internacional estén compelidos a poner en marcha políticas orientadas a promover el acceso al empleo y que éste tenga condiciones satisfactorias y equitativas para la persona, otorgando a su vez una adecuada protección contra el desempleo, aludiendo a la estabilidad laboral que debería ostentar el trabajador.

Luego, también contamos con lo establecido en el Artículo XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en cuyo cuerpo normativo se ha señalado que, “toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo”. Dicha normativa internacional hace referencia a que la persona ostenta la facultad de trabajar de forma libre y según su propia vocación, no obstante, también realiza un llamado a los Estados parte a que generen adecuadas oportunidades de empleo para que las personas puedan desempeñarse según su vocación.

A su turno el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha expresado que “los Estados Parte en el

presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”, entonces desde dicha normativa se hace incidencia en la facultad de la persona para elegir libremente y sin obstáculos el empleo que mejor le acomode a sus condiciones ocupacionales o profesionales, así como el que mejor le resulte remunerado para sus expectativas personales.

Y es que, incluso el artículo 12 de la Declaración de los Derechos y Libertades fundamentales tiene dicho que, “1º Todos tienen derecho a elegir libremente su profesión y su lugar de trabajo y a ejercer libremente su profesión. 2º Nadie podrá ser privado de su trabajo por razones arbitrarias y a nadie se le podrá obligar a un trabajo determinado”, mientras que por su lado, el artículo 6.1 del Protocolo de San Salvador argumenta que “toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida a aceptada”, disposiciones que implican una libertad en el ejercicio del derecho, el fomento en su acceso y la protección en su desarrollo.

Además, la propia Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965, en su artículo 5, literal e, numeral i) esboza que los Estados Parte se comprometen a garantizar los derechos sociales y culturales, en particular, el derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria”.

En razón de lo expuesto, se demuestra que el derecho bajo comentario se vislumbra como un medio de realización para la persona humana, un medio que garantiza su progreso, no solo económico, sino también personal y familiar, y cuyo goce efectivo debe ser promovido correctamente si un Estado pretende catalogarse como democrático. No olvidemos que todo derecho depara para su titular una serie de garantías que tienen por finalidad proporcionar altos grados de realización personales.

Así, el derecho al trabajo viene siendo protegido por el derecho convencional en la medida que la dignidad humana no comprende solo un reconocimiento interno, sino que se proyecta e irradia a los diversos dispositivos internacionales, por lo que se debe inferir que los derechos fundamentales o constitucionales, como lo es el derecho al trabajo, en la medida que tienen como origen la dignidad y la naturaleza humanas exigen ser respetados, reconocidos y cumplidos por todos los seres humanos, sin más límites que aquellos que hayan sido determinadas por ley, siempre y cuando hayan sido fruto de un control constitucionalizado, esto es, que su naturaleza y origen hayan pasado por marcados filtros de constitucionalidad, que expresen la necesidad excepcional de limitar la libertad al trabajo.

En resumen, desde el derecho convencional, se debe inferir que el derecho al trabajo es un bien humano debido que dimana de la dignidad de la persona y que le confiere la potestad de trabajar o no en condiciones equitativas, con sujeción al principio de igualdad percibiendo una remuneración justa que le permita solventar sus necesidades y que finalmente, le otorga una protección debida contra actos arbitrarios e irrazonables que pretenden extinguir la relación laboral.

1.5.3. Contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo

1.5.3.1. Formulación general del contenido constitucional del derecho al trabajo

Se debe partir del hecho de concebir al contenido de un derecho fundamental como uno solo, y esencial en la medida que brota de la esencia del derecho fundamental, el cual está llamado a vincular de modo efectivo a los poderes públicos y a los particulares, con una eficacia vertical y horizontal. Este contenido es, además, un contenido limitado internamente, que se configurará como un contenido indisponible para todos los poderes públicos y para los particulares, que una vez delimitado no permitirá ninguna limitación o restricción. Siendo así, resulta necesario determinar el contenido constitucional del derecho al trabajo a efectos de establecer su ámbito de protección.

En tal sentido, como habíamos señalado precedentemente, el derecho al trabajo es un bien humano debido a la Persona por ser lo que es y valer lo que vale, que debe ser reconocido por nuestro ordenamiento constitucional. Este derecho humano constitucionalizado depara a su titular una serie de atribuciones o facultades capaces de permitir la satisfacción de sus necesidades, haciendo factible que la persona humana alcance altos grados de realización personales. Este conjunto de atribuciones y facultades conforman el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo, el cual, si bien es cierto terminará de definirse en función de las concretas circunstancias de un caso, también es verdad que desde un punto de vista abstracto pueden ser formulados algunos criterios delimitadores.

Una de las ideas matrices para dilucidar el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo, consistirá en concebir al trabajo como un bien humano que no surge en forma natural, sino que exige ser implementado progresivamente, es por ello que dicho bien resulta ser, en cierto modo, escaso e insuficiente para el número de personas que pretendan alcanzarlo, por dicha razón cada país, a través de sus poderes públicos, se encontrará llamado a promover el goce efectivo de dicho bien humano, lo cual se cumplirá con la apertura de puestos de trabajo, a través de políticas idóneas.

Conscientes de la escasez de puestos de trabajo, es innegable que un primer ámbito del contenido esencial del derecho al trabajo radicará en la creación de empleos, sin embargo, visto de forma aislada, dicha exigencia es insuficiente, por ello se requiere abordar al menos dos ámbitos más, uno relacionado a la libertad de trabajo de la persona (libertad para decidir trabajar o no) y otro vinculado al acceso y permanencia en el empleo. Así pues, como menciona CASTILLO CÓRDOVA, “el bien humano reclama que en la definición de los elementos del contenido esencial del derecho humano al trabajo, se tomen en cuenta al menos las tres siguientes características: Primero, que el trabajo es un bien escaso; segundo, que el trabajo demanda ciertas características de idoneidad (también moral) en el trabajador y tercero

que el trabajador es una Persona con valor absoluto (su dignidad)⁵². Sobre esta última característica podemos afirmar que permitirá “sostener la obligación jurídica de respetar derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, el debido proceso, el honor, etc”⁵³.

Siendo así, como formulación general del contenido esencial del derecho al trabajo se pueden apreciar tres ámbitos; primero, el reconocimiento de la libertad de trabajo a la persona, es decir, reconocer que la persona es libre de trabajar o no; segundo, la necesaria creación de empleos, de lo cual subyace, en primer término, el deber del Estado de fomentar la implementación de puestos de trabajo que atiendan la demanda de la sociedad y en segundo término, asegurar el acceso a los puestos de trabajo, que implica la exigencia a los poderes públicos y privados de garantizar su acceso en condiciones óptimas, sin vulnerar la libertad y el principio de igualdad; y tercero, referente al desarrollo o permanencia en el empleo y la correcta terminación del vínculo laboral, lo que supone no solo, el pago al trabajador de una remuneración digna que le permita satisfacer sus necesidades y por ende alcanzar grados de realización personales, sino también asegurar la adecuada permanencia en el empleo o, en su defecto, la razonable extinción del vínculo laboral.

1.5.3.2. Positivización del contenido constitucional del derecho al trabajo

a) En el derecho convencional

Tiene dicho el Supremo Interprete de la Constitución que, “el contenido esencial constitucionalmente protegido de los derechos reconocidos por la Ley Fundamental no solo ha de extraerse a partir de la disposición constitucional que lo reconoce; es decir, de la interpretación de esta disposición con otras disposiciones constitucionales con las cuales pueda estar relacionada (principio de unidad de la Constitución), sino también bajo los alcances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”⁵⁴, por ello para definir el contorno de dicho contenido

⁵² CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Derecho al trabajo y proceso de amparo*, ob. cit., p. 63.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ STC Exp. N° 00263-2012-AA/TC, F.J. 3.3.1.

debemos recurrir a la normativa internacional que sobre el contenido del derecho al trabajo se ha pronunciado.

Así, el contenido constitucional del derecho al trabajo ha sido positivizado en la normativa internacional, de lo cual deviene la instauración del derecho convencional. En buena cuenta, para ir delimitando el contenido constitucional del derecho al trabajo desde el derecho convencional, debemos remitirnos al artículo 23 de la Declaración Universal sobre derechos humanos que prevé: “Toda persona tiene derecho al trabajo”, así como a lo expuesto en el artículo 6.1 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales que precisa: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho al trabajo”. Consecuentemente, del análisis concordado de ambas disposiciones, a decir de CASTILLO CÓRDOVA, se podría llegar a “inferir la siguiente norma convencional directamente estatuida de máximo grado de indeterminación normativa N: Está ordenado garantizar / cumplir el contenido esencial del derecho al trabajo”⁵⁵, esto es, que en la medida que el derecho al trabajo proviene de la dignidad de la persona, su garantía y respeto resultan esenciales por ende su cumplimiento obligatorio.

Asimismo, al amparo del artículo 6.2 del Protocolo de San Salvador, se tiene dicho que “Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo”, de cuya disposición se puede inferir “una norma convencional de relevante grado indeterminación normativa: N6.2: Está ordenado al Estado promover la plena efectividad del derecho al trabajo”⁵⁶. Por ende, las disposiciones acotadas hacen referencia, como punto de partida, para definir el contenido constitucional del derecho al trabajo, al ámbito de promoción que se encuentra reflejada en la labor de los Estados para incentivar la creación de puestos de trabajo que puedan ser ocupados por las personas.

⁵⁵ Vease CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Derecho al trabajo y proceso de amparo*, ob. cit., p. 66.

⁵⁶ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Derecho al trabajo y proceso de amparo*, ob. cit., p. 66.

Luego, una vez que existen puestos de trabajo vacantes y susceptibles de ser ocupados “hay que destacar el artículo 23 de la DUDH en el que se reconoce el derecho de toda Persona “a la libre elección de su trabajo”, el artículo 6.1 del PIDESC que establece “el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado”, y el artículo 6.1 del Protocolo de San Salvador que luego de reconocer a toda Persona el derecho al trabajo reconoce también el derecho al “desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada”⁵⁷, de dicha regulación se puede extraer el segundo ámbito del contenido esencial derecho al trabajo, nos referimos a la libertad que tiene la persona no solo, para decidir si trabaja o no, o de la forma en cómo desempeñe dicha labor, sino también la facultad implícita que tendrá para elegir qué trabajo le resulta más acorde a sus expectativas personales.

Finalmente, cuando la persona ya se encuentra inmersa en una relación laboral, cobrará importancia lo establecido en el artículo 7, literal d) del Protocolo de San Salvador que prescribe “la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación”, es decir, fija el último ámbito del contenido constitucional del derecho al trabajo que se circunscribe en el correcto desarrollo de la relación laboral, la razonable permanencia del trabajador en el empleo y la adecuada previsión de causas justas de despido, rechazándose de plano el despido injustificado. Y es que, desde una mirada analítica a la normativa internacional, que posteriormente se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico como Derecho convencional, se puede inferir la existencia de los tres ámbitos antes señalados: libertad de trabajo, posibilidad de acceso al empleo y garantía de permanencia en el mismo, los cuales conforman la formulación general del contenido constitucional del derecho al trabajo.

⁵⁷ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Derecho al trabajo y proceso de amparo*, ob. cit., p. 67.

b) En el derecho constitucional

En el Derecho Constitucional se ha positivizado el Derecho al trabajo como un derecho social, y a su vez como un derecho fundamental, en la medida que es calificado como un bien humano cuyo ejercicio y goce confiere a su titular grados de realización y promueve la satisfacción de sus necesidades. Al estar reconocido en la Constitución, el derecho al trabajo se interrelaciona y armoniza con otros derechos fundamentales para hacer viable su ejercicio. Estando a lo antes expuesto, para delimitar el contenido del derecho al trabajo, debemos comenzar señalando que la Constitución Política del Perú en su artículo 22 ha establecido que “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”.

Desde el artículo bajo mención, se define al trabajo, no solo como un derecho, el cual al ser ejercido, permite un bienestar para la persona humana, ya que facilita que ésta alcance grados de realización y el perfeccionamiento del ser, que conlleva, en buena cuenta, al bienestar de la persona en sociedad; sino también que es susceptible de ser definido como un deber, en la medida que impondrá a su titular cuotas de exigibilidad para hacer todo lo que se encuentre a su alcance con la finalidad de lograr su propia manutención y con ello garantizar su existencia, e incluso la de las personas que dependen de ella.

Por lo tanto, resultará de suma importancia interpretar dicha disposición constitucional, tratando de concluir desde ella “la siguiente norma constitucional de máximo grado de indeterminación normativa: N22: Está ordenado respetar el contenido esencial del derecho fundamental al trabajo. Junto con esta norma iusfundamental hay otras que tienden a concretarla. Estas concreciones pueden ser tenidas como otros tantos derechos fundamentales, (...)”⁵⁸.

Esto significa que al delimitar el contenido del derecho se observará que, desde su núcleo, se desprenden como componentes, otras tantas exigencias de índole constitucional que se manifiestan para hacer comprensible la naturaleza del derecho al trabajo y por ende, hacer viable

⁵⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Derecho al trabajo y proceso de amparo*, ob. cit., p. 75.

su protección, al encontrarse ordenado ello, no solo desde la Constitución, sino primordialmente desde la naturaleza misma de la persona. Y es que, para definir su contenido, se debe comenzar admitiendo que el derecho fundamental al trabajo se encuentra integrado por otros tantos derechos de los cuales se prevale para poder contornear su contenido constitucionalmente protegido, es decir, que el derecho al trabajo será visto como un derecho continente, que en su seno albergará otros tantos derechos que le permiten enumerar un catálogo de potestades conferidas a su titular para la satisfacción de sus necesidades y, por tanto, para el perfeccionamiento de su ser como fin del Derecho en si mismo.

Siendo así, tal como menciona el constitucionalista CASTILLO CÓRDOVA, desde un estudio minucioso de la doctrina alemana, “se puede asumir que los derechos fundamentales, como lo es el derecho al trabajo, puede ser estudiado desde una dimensión dual o desde una doble dimensión, esto es, que los derechos fundamentales en su contenido constitucional ostentan dos dimensiones, la primera, una dimensión de libertad; y la segunda, una dimensión prestacional”⁵⁹. Luego, pues, se podrá afirmar que solo bajo la óptica de ambas dimensiones será factible un análisis satisfactorio del contenido constitucional del derecho al trabajo que ofrezca reales condiciones para solventar y satisfacer las necesidades de la persona.

En esta línea corresponde ordenar sistemáticamente los ámbitos del contenido esencial del derecho al trabajo con sujeción a la dimensión dual propuesta. Siendo así, es factible reconocer que el derecho al trabajo desde su “dimensión de libertad o subjetiva atiende a las facultades de actuación libre que el derecho depara a su titular, y esta dimensión vendría dibujada por la libertad de trabajo. Por su parte, la dimensión prestacional u objetiva de los derechos fundamentales no apunta tanto al sujeto titular del derecho, sino a los obligados del mismo- particularmente a los poderes públicos- para que realicen una serie de

⁵⁹ Cfr. HESSE, Konrad. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20 Auflage. Heidelberg, 1995, pp. 127-136. MAURER, Hartmut. Staatsrecht C.H. Beck'sche, München, 1999, pp.265-270; citado por CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Derecho al trabajo y proceso de amparo*, ob. cit., pp. 75-76.

acciones de protección de la posición jurídica del titular del derecho dibujada esencialmente por la libertad de trabajo”⁶⁰.

En otras palabras, tenemos que el derecho al trabajo en su contenido constitucional consta de dos dimensiones: la primera, una dimensión de libertad y la segunda, una dimensión prestacional. Por lo tanto, como primer punto se estudiará la dimensión de libertad del contenido esencial del derecho al trabajo, la cual deviene o radica en la potestad de la persona para decidir si trabaja o no, y en caso decidiese hacerlo, la potestad de elegir libremente qué trabajo u ocupación desarrollará según su vocación, preparación académica, experiencia profesional y sus expectativas personales, así como gozar de la potestad de determinar la oportunidad idónea en la que tome la decisión de cambiar de trabajo o decida renunciar al que ocupa.

Dicho ello, corresponde analizar desde la Constitución Política del Perú, cuáles son las disposiciones que contribuyen a delimitar el contenido esencial del derecho al trabajo desde su dimensión de libertad. Así, si admitimos que el derecho al trabajo tiene una dimensión de libertad debemos acudir a lo previsto por el artículo 2, numeral 15 de la Constitución que dispone que “Toda persona tiene derecho: 15. A trabajar libremente, con sujeción a la ley”, de cuyo texto subyace la facultad conferida a la persona para poder trabajar de forma libre sin coacción alguna, pero con sujeción a la ley.

Dicha dimensión de libertad del contenido del derecho al trabajo también se encuentra reflejada en lo previsto por el artículo 59 de la Constitución, cuando se indica que “El Estado (...) garantiza la libertad de trabajo”, es decir, que dicha facultad para trabajar libremente se confiere a la persona por el solo hecho de serlo, la cual contiene la potestad implícita para que la persona, en ejercicio de su libertad, pueda trabajar o no, y si ésta tomará la decisión de hacerlo, le conferirá la facultad de aceptar o rechazar un puesto de trabajo, de contratar y ser parte de una relación laboral y extinguirla en el momento que crea conveniente.

⁶⁰ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Derecho al trabajo y proceso de amparo*, ob. cit., p. 76.

Consecuentemente, a decir de CASTILLO CÓRDOVA, de dichas disposiciones constitucionales se puede inferir las siguientes normas: “N2.15: Está permitido a toda persona trabajar libremente con sujeción a la ley. N59: Está ordenado que el ejercicio de la libertad de trabajo se realice sin ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública”⁶¹.

Dichas exigencias conjugadas y debidamente concordadas permiten destacar, como parte del contenido constitucional del derecho al trabajo, que toda persona tendrá conferida la libertad de trabajo, y esta libertad podrá ser ejercida sin contravenir la ley ni los principios elementales que la misma protege.

En este orden de ideas, acudiendo a la jurisprudencia nacional, debemos señalar que acierta el Supremo Intérprete de la Constitución cuando precisa que el contenido del derecho al trabajo está integrado por la libertad de trabajo que “comprende el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, a la libre elección del trabajo, a la libertad para aceptar, o no, un trabajo, y a la libertad para cambiar de empleo”⁶². Bien vistas las cosas, “el contenido de la libertad de trabajo puede ser entendido como la facultad de ejercer toda actividad que tenga como finalidad el sustento vital de la persona, siempre que esta realice una labor racionalmente aceptada por la moral y la salud pública y con el permiso del ente llamado por la ley a ejercer el control correspondiente”⁶³.

Así, “[l]a libertad de trabajo establecida en el inciso 15) del artículo 2 de la Constitución, se formula como el atributo para elegir a voluntad la actividad ocupacional o profesional que cada persona desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; así como de cambiarla o de cesar de ella. (...). La Constitución asegura el derecho de optar, a condición de que sea lícita, por alguna actividad de carácter intelectual y/o física, con el objetivo directo o indirecto de obtener un provecho material o espiritual; tal atributo se

⁶¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Derecho al trabajo y proceso de amparo*, ob. cit., p. 81.

⁶² STC Exp. N° 04058-2004-AA/TC, F.J. 5.

⁶³ STC Exp. N° 02450-2007-AA/TC, F.J. 4.

extiende a la potestad de posteriormente cambiar o cesar en dicha labor”⁶⁴.

De igual modo, continua, el Tribunal Constitucional esbozando que, “como libertad de trabajo estricto sensu o libertad negativa, faculta al individuo, de un lado, para elegir libremente la actividad laboral en la que pretende desenvolverse y, de otro, para ejercer dicha actividad laboral de una manera que no resulte alterada o distorsionada, mediante cualquier tipo de conducta tendiente a obstaculizar o impedir su libre desenvolvimiento. Se trata, por tanto, de una facultad que depende del individuo, pero que a su vez debe ser garantizada por el Estado, fundamentalmente desde el punto de vista normativo”⁶⁵.

En otras palabras, “el derecho a la libertad de trabajo comprende de manera enunciativa: el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, la libre elección del trabajo, la libertad para aceptar o no un trabajo y la libertad para cambiar de empleo”⁶⁶. Entonces, se puede afirmar que “[l]a libertad de trabajo se considera como un derecho de elección de la actividad que se va a desarrollar para proveer a la subsistencia del trabajador a través de los ingresos que genera, e implica la no interferencia del Estado en dicha elección. Significa, también, el derecho a discontinuar el ejercicio de dicha actividad si ella no resulta beneficiosa o conveniente para quien la ejerce, y se traduce en la libertad irrestricta para la terminación de la relación laboral por parte del trabajador cumpliendo las pocas restricciones que la ley impone como es el caso de pre-aviso de retiro de 30 días señalado en la ley para el caso del trabajo dependiente, o en el derecho de cambiar de una ocupación a otra cuando lo estime conveniente, siempre y cuando cumpla con los requisitos establecidos por la ley”⁶⁷.

A la luz de las disposiciones constitucionales analizadas, de las normas constitucionales directamente estatuidas y de los

⁶⁴ STC Exp. N° 00008-2003-AI/TC, F.J. 5c.

⁶⁵ STC Exp. N° 02450-2007-AA/TC, F.J. 68.

⁶⁶ STC Exp. N° 00661-2004-AA/TC, F.J. 5.

⁶⁷ ELÍAS MANTERO, Fernando “Derecho al trabajo”, en GUTIERREZ CAMACHO, Walter (Editor), *La Constitución comentada*, ob.cit., p. 269.

pronunciamientos del Supremo Interprete de la Constitución, se puede concluir que al delimitar el contenido esencial del derecho al trabajo se debe admitir que el mismo está conformado por una dimensión de libertad, la cual viene justificada desde las normas N2.15 y N59, referidas precedentemente, y de las cuales se confiere a la persona la suficiente autonomía para decidir si trabaja o no, a elegir con total libertad qué ocupación o profesión desarrollará, según sus expectativas personales, “se reconoce a toda Persona con capacidad para ello la facultad de contratar libremente un contrato de trabajo”⁶⁸, la potestad para aceptar o rechazar un trabajo y finalmente, la capacidad para cambiarlo o cesar del mismo.

Luego, y como segunda dimensión del contenido constitucional del derecho al trabajo debemos abordar la dimensión prestacional u objetiva, cuya eficacia se orienta al poder público, en el sentido que le compele a desarrollar políticas y medidas legislativas que promuevan que la persona humana tenga acceso al empleo y que, una vez obtenido, se fomente su permanencia en el mismo, evitándose que todo tipo de actos arbitrarios, discriminatorios, o de cualquier otra índole, terminen por limitar indebida e irregularmente el derecho fundamental referido. Por tanto, debemos recurrir a la Constitución a efectos de justificar qué disposiciones nos ayudarán a delimitar dicha dimensión como parte del contenido esencial del derecho al trabajo, tanto en su componente de acceso como de permanencia en el empleo.

Así, sobre el componente de acceso al empleo, tenemos que al amparo del artículo 23 de la Constitución Política del Perú, segundo párrafo, se ha establecido que: “El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo”, de cuya disposición subyace la siguiente formulación normativa N23: “Está ordenado al Estado promover la creación de empleos”, lo que sugiere que el Estado estará obligado a promover políticas que permitan generar

⁶⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Derecho al trabajo y proceso de amparo*, ob. cit., p. 77.

puestos de trabajo que puedan ser ocupados por la persona, a efectos que ésta puede satisfacer sus necesidades.

A partir de dicha obligación de promoción, que se encuentra a cargo del Estado, es que se acepta que “(...) el derecho al trabajo no otorga a su titular la facultad de acceder a un concreto puesto de trabajo. Lo que constitucionalmente se ha dispuesto a este respecto es que el poder político tiene la obligación de promover las condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo (artículo 23 de la Constitución peruana)”⁶⁹.

Ahora bien, también contribuye con el estudio del componente de acceso al empleo como parte de la dimensión prestacional del contenido constitucional del derecho al trabajo, lo previsto por el artículo 26 de la Constitución que dispone: “En la relación laboral se respetan los siguientes principios: 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación”, de cuyo enunciado normativo se desprende la siguiente norma constitucional “N26.1: Está ordenado respetar la relación laboral, el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación”⁷⁰, ello alude a que el componente de acceso al empleo no solo implique un deber de promoción por parte del Estado, sino también la existencia de un principio que garantice el acceso al trabajo en condiciones de igualdad de oportunidades en los procesos de selección, rechazándose todo tipo de discriminación.

Por otro lado, como segundo componente de la dimensión prestacional del contenido del derecho al trabajo, tenemos al componente de la permanencia en el empleo, del cual se puede afirmar que una de sus primeras atribuciones es la de conferir a la persona que desempeña un trabajo y se encuentra inmersa en una relación laboral, la potestad de percibir una remuneración digna, lo cual se deduce de lo dispuesto por el artículo 24 de la Constitución Política del Perú: “El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él

⁶⁹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Algunas críticas al criterio del Tribunal Constitucional sobre la procedencia del amparo en defensa del Derecho al Trabajo”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, ob. cit., p.40.

⁷⁰ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Derecho al trabajo y proceso de amparo*, ob. cit., p. 84.

y su familia, el bienestar material y espiritual”, ello permite comprender que el componente de permanencia en el empleo, en parte, también se encontrará avocado a prever las adecuadas condiciones en las que el trabajador desempeña y permanece en el empleo, es por ello que una de dichas condiciones, al menos la más importante, es la que supone la entrega de una remuneración digna y justa al trabajador a cambio de la entrega de su tiempo, talento y esfuerzo físico, la misma que le permitirá su sustento y por ende la satisfacción de sus necesidades.

Así, en palabras de TOYAMA MIYAGUSUKU, en el contenido esencial del derecho al trabajo, por una parte “importa la aplicación de herramientas y mecanismos de protección a favor del trabajador, esto es, el principio protector como pauta de actuación del Estado, y otra concreta y específica que se expresa en las manifestaciones o etapas del desarrollo de la relación laboral (contratación, promoción, extinción, etc)”⁷¹, posición doctrinal que permite entrever la concreción de la dimensión prestacional del contenido constitucional del derecho al trabajo, en la medida que convoca a la actuación del Estado en el acceso al empleo, así como en todo el trayecto de la relación laboral, desde su inicio, con la contratación, hasta su cese definitivo, con la extinción del vínculo laboral.

Aunado a lo ya expuesto, debemos precisar que el componente de permanencia en el empleo también supone la existencia de una arista importante, la cual se encuentra regulada en el artículo 27 de la Constitución, disposición que establece: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”, de cuya disposición se infiere la siguiente norma “Está ordenado a la ley otorgar al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”, con ello se predica que la permanencia en el empleo implica el hecho de no ser despedido de forma arbitraria, es decir, que incluso en la terminación de la relación laboral exista razonabilidad en la decisión adoptada del empleador.

⁷¹ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge “Deber y derecho al trabajo”, en GUTIERREZ CAMACHO, Walter (Editor), *La Constitución comentada*, Tomo I, 2^o edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 709.

Atendiendo a lo antes señalado, debemos afirmar que existe lógica en las palabras del Tribunal Constitucional cuando indica que “el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos: el primero, acceder a un puesto de trabajo, y el segundo, de no ser despedido sino por causa justa. Respecto al primero, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; mientras que el segundo es el que resulta relevante para resolver la causa: se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido, salvo por causa justa”⁷², con ello se justifica que el derecho al trabajo, desde su contenido constitucional, otorgue protección a favor de la persona humana; primero, en el momento en que decide acceder a un puesto de labores, segundo, cuando se encuentra inmersa en una relación laboral y tercero, cuando dicha relación laboral se pretenda extinguir.

Y es que, “el derecho al trabajo exige por parte del Estado, la adopción de una política dirigida a que la persona acceda a un puesto de trabajo que haga viable su desarrollo como ser humano y por ende permita que alcance altos grados de realización a partir de la satisfacción de sus necesidades más elementales, tanto como la protección de dicho empleo en su componente de permanencia, puesto que establece la imposibilidad de ser despedido salvo por causa justa establecida en la Ley”⁷³.

En otras palabras, se debe admitir que existe un “deber estatal de plantear y ejecutar políticas públicas que efectivamente promuevan la creación de puestos de trabajo en medida suficiente para atender la demanda de trabajo de todas las personas de la comunidad política. (...)”⁷⁴, siendo que, una vez que la persona se encuentre inmersa en una relación laboral, surja la obligación de que el empleador haga entrega “al trabajador de una remuneración digna, es decir, que se condiga con el valor de la Persona y le permita atender al menos las necesidades

⁷² STC Exp. N° 00090-2004-AA/TC, F.J. 37.

⁷³ Cfr. STC Exp. N° 01124-2001-AA/TC, F.J. 12.

⁷⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Derecho al trabajo y la adecuada protección contra el despido arbitrario”, en *Igualdad, Derechos Sociales y control de Políticas Públicas en la Jurisprudencia Constitucional, Cuadernos sobre Jurisprudencia Constitucional*, ob. cit., p. 129.

mínimas, particularmente de tipo material, como el alimento, la vestimenta, la vivienda. Y la otra es la atribución de que las condiciones para la permanencia o salida del trabajador deban ser razonables. De la mano de esta última atribución es posible formular el siguiente elemento del contenido esencial del derecho humano al trabajo: la atribución del trabajador de no ser despedido sin que exista una justificación”⁷⁵.

En buena cuenta, sobre el análisis de la dimensión prestacional del contenido del derecho al trabajo, partiendo de los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional y con sujeción al análisis efectuado sobre las disposiciones constitucionales antes mencionadas, se puede deducir la existencia de un componente doble, el cual brevemente se resumirá:

El primero, el *componente de acceso al empleo* que, con sujeción a la escasez del referido bien humano (trabajo), impone al Estado la obligación de promover e impulsar, a través de la implementación de políticas idóneas, la creación de puestos de trabajo, los mismos que, en condiciones de igualdad puedan ser ocupados por las personas, quienes con su obtención, no solo se sientan útiles, sino que puedan, con su ejercicio asegurar la obtención de altos grados de realización personal y la satisfacción de sus necesidades.

El segundo, el *componente de permanencia en el empleo*, el cual impone la obligación de que durante la relación laboral, el trabajador tenga derecho a percibir una remuneración digna y justa a cambio de su trabajo (esfuerzo físico o intelectual), y a su vez, le asista una estabilidad laboral para no ser despedido salvo que exista una causal relacionada con su capacidad o conducta que lo amerite.

Por todo ello, para sintetizar ambas dimensiones del contenido del derecho al trabajo, nos decantamos con la concepción que de contenido esencial del derecho al trabajo tiene CASTILLO CÓRDOVA, para quien, “el contenido constitucional del derecho fundamental al trabajo está conformado por un ámbito de libertad a la vez que un ámbito prestacional que intenta asegurar al primero. A través de éste se reconoce

⁷⁵ Idem, p. 130.

el deber (esencialmente) estatal de promover la creación de puestos de trabajo que puedan ser objeto de contratación laboral; y el deber de protección del desenvolvimiento de esa relación laboral contratada asegurando la razonable permanencia del trabajador en su puesto de trabajo”⁷⁶.

Consecuentemente, dando por sentado que el contenido constitucional del derecho al trabajo es un todo unitario, en la medida que se desprende de la naturaleza y de la dignidad de la persona humana, las dimensiones antes descritas (dimensión de libertad y dimensión prestacional), están llamadas a coexistir en mutuo beneficio, por lo tanto se puede afirmar que, el “contenido prestacional es una respuesta de aseguramiento del contenido de libertad del derecho al trabajo: sin la existencia de puestos de trabajo no será posible ejercer razonablemente la libertad de trabajo; y sin la protección razonable de la permanencia en el puesto de trabajo, se vaciará de contenido la libertad de trabajo. Esta libertad de trabajo necesita ser protegida en su acceso al puesto de trabajo, y en su desenvolvimiento razonable”⁷⁷.

En resumen, debemos indicar que el contenido constitucional del derecho al trabajo se va definiendo como el bien humano debido que ostenta dos dimensiones, las cuales coexisten armoniosamente y se encuentran bien definidas: la primera, *la dimensión de libertad*, que otorga a su titular la potestad de trabajar o no, la facultad de aceptar o rechazar un puesto de trabajo o la prerrogativa de cambiar de empleo por uno que se condiga mejor con su perfil ocupacional o profesional, que satisfaga sus expectativas salariales y que a su vez permita un desarrollo pleno de la dignidad humana, y una segunda dimensión calificada como *dimensión prestacional*, la misma que se encontrará integrada por dos componentes: el acceso al empleo y la permanencia en el empleo, el primero aludirá a la obligación prestacional que se encuentra a cargo del Estado para promover la creación de puestos de trabajo dignos a los cuales puedan tener acceso las personas; y segundo, el componente de

⁷⁶ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Derecho al trabajo y proceso de amparo*, ob.cit., p. 77.

⁷⁷ Idem, pp. 76-77.

permanencia en el empleo, que garantiza no solo una remuneración digna y justa, sino que se encuentra sustentado en el principio de estabilidad laboral, el cual brinda protección a la persona contra el despido arbitrario, imponiendo al empleador la carga de extinguir la relación laboral, únicamente por las causales previstas por Ley.

1.5.3.3. Igualdad de derechos de hombres y mujeres en el acceso al derecho al trabajo y permanencia en el empleo como parte del contenido esencial del derecho al trabajo

La persona humana como tal es un realidad compleja, que en tanto es imperfecta, demanda para su realización y perfeccionamiento, la atribución de bienes humanos debidos, los cuales le son otorgados como exigencia de su naturaleza misma y como expresión de su dignidad humana; estos bienes humanos son agrupados como derechos fundamentales y al ser connaturales a la persona le deben ser conferidos para la satisfacción de sus necesidades. Entonces, si consideramos, que dichos bienes le son debidos a la persona, resulta incuestionable que los mismos deban ser reconocidos en condiciones de igualdad tanto al hombre como a la mujer, ya que ambos tienen necesidades que reclaman ser satisfechas.

Consecuentemente, si abordar el tema de igualdad pretendemos, nos corresponderá analizar lo previsto por el artículo 2, inciso 2) de la Constitución Política del Perú, el cual regula que: “Toda persona tiene derecho: 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”, artículo del cual podemos destacar la siguiente norma constitucional directamente estatuida: “Está ordenado al Estado garantizar el derecho a la igualdad de la persona ante la ley y proscribir todo tipo de acto que suponga su discriminación”.

Y es que, “con la discriminación lo que se ataca es la esencia misma de la persona, por lo tanto, lo que se encuentra en juego es su dignidad. Se las descalifica y segrega por el solo hecho de pertenecer a un grupo, y no por

asuntos o conductas exógenas a la persona misma, sobre las que podría atribuírseles responsabilidad”⁷⁸.

Así, podemos reconocer que la igualdad, en tanto derecho, tiene hasta cuatro manifestaciones principales, “el derecho a la igualdad ante la ley (que comprende a la ‘igualdad en el contenido de la ley’ y a la ‘igualdad en la aplicación de la ley’), el derecho a no ser discriminado y el derecho a obtener prestaciones o medidas afirmativas por parte del Estado (sobre todo para el caso de personas vulnerables o excluidas)”⁷⁹. Sin embargo, para efectos prácticos nos es mucho más útil tratar el tema concerniente al derecho a no ser discriminado o el derecho a la no discriminación entre los hombres y mujeres respecto del ejercicio de sus derechos fundamentales, específicamente, en cuanto al ejercicio del derecho al trabajo.

A continuación, recurriendo a la jurisprudencia nacional podemos observar que el Tribunal Constitucional tiene dicho que el derecho a la igualdad “funciona en la medida en que se encuentra conectado con los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Más precisamente, opera para asegurar el goce real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantizan”⁸⁰, lo que sugiere que el derecho a la igualdad entre las personas, ya sean hombres o mujeres, resulte ser el engranaje vital que soporta y hace viable el goce efectivo y real de los demás derechos fundamentales, tales como el derecho al trabajo.

Luego, tiene sentido que el derecho a la igualdad tenga el suficiente nivel de aplicabilidad para hacer factible el goce real del derecho al trabajo irrogado a las personas, tanto en hombres como en mujeres, permitiendo que dichos sujetos en similares condiciones puedan desplegar las facultades que el contenido de dicho derecho prevé, ya sea en su dimensión de libertad como en su dimensión prestacional.

⁷⁸ GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter y SOSA SACIO, Juan Manuel “Igualdad ante la ley”, en GUTIERREZ CAMACHO, Walter (Editor), *La Constitución comentada*. Tomo I, 2° edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 109.

⁷⁹ GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter y SOSA SACIO, Juan Manuel “Igualdad ante la ley”, en GUTIERREZ CAMACHO, Walter (Editor), *La Constitución comentada*. Tomo I, 2° edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 103.

⁸⁰ STC Exp. N° 00018-2003-AI/TC, F.J. 2.

En tal sentido, la exigencia de igualdad en el ámbito laboral se puede observar del tenor del artículo 26, numeral 1 de la Constitución Política del Perú, el cual ha establecido que: “En la relación laboral se respetan los siguientes principios: 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación”, siendo que de dicha disposición brota la presente norma N26.1: “Está ordenado que en la relación laboral se respete el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación”, de la cual se puede inferir que no existirá distinción alguna entre hombres y mujeres, puesto que ambos, al ser personas humanas valen igualmente como fin supremo, por lo que por igual están llamados a gozar de las mismas oportunidades, y llamados también a ejercer todas las potestades que del contenido constitucional del derecho al trabajo subyacen, ello con miras a sentirse útiles, realizados y para lograr la satisfacción de sus necesidades propiamente humanas.

Bien vistas las cosas, toda persona humana, independientemente de su sexo, podrá ejercer y gozar del contenido constitucionalmente del derecho al trabajo, es decir que, tanto hombres y mujeres, desde la dimensión de libertad, podrán o no trabajar, podrán o no rechazar un empleo (según sus expectativas profesionales y salariales), y finalmente tendrán la facultad de cambiar de empleo o dejar de integrar una relación laboral cuando lo estimen conveniente; mientras que desde la dimensión prestacional, ambos deberán tener las mismas oportunidades para acceder a un puesto de trabajo y permanecer en este, percibiendo una remuneración digna y justa a cambio de su trabajo, sin que conductas discriminatorias o arbitrarias puedan poner fin a la relación laboral, contrario sensu se estaría afectando la dignidad humana misma, rebajando su condición y limitando irrazonablemente la posibilidad de que la persona alcance los grados adecuados y necesarios de perfeccionamiento y de satisfacción de necesidades elementales.

El principio de igualdad y proscripción de la discriminación forma parte importante del contenido constitucional del derecho al trabajo, en atención a que el trabajador, al encontrarse inmerso en la relación laboral, no se desprende de su condición de persona humana, es decir, conserva para sí determinadas exigencias que imponen a los particulares y al Estado, el respeto máximo de su dignidad, como fin en sí mismo.

Por ello, como eje del presente trabajo y en atención al principio de igualdad entre hombres y mujeres, de cara al ejercicio del contenido constitucional del derecho al trabajo en su dimensión de libertad y en su dimensión prestacional (acceso y permanencia en el empleo); se abordará el objetivo de dar respuesta al siguiente problema jurídico: ¿Es constitucionalmente válido que el empleador, en virtud de su facultad discrecional, disponga la extinción del contrato laboral de una trabajadora gestante durante el periodo de prueba, sin expresar justificación legal alguna? A dar respuesta a esta cuestión jurídica se destinan los capítulos siguientes.

Capítulo 2

Especial condición de la madre gestante en la relación laboral del régimen privado y su incidencia durante el periodo de prueba

2.1. Igualdad, no discriminación y especial protección de la madre gestante en materia laboral

2.1.1. Igualdad y no discriminación de la madre gestante en la relación laboral

La protección de la persona humana como fin supremo de la sociedad y del Estado se traduce normativamente en la existencia de derechos fundamentales, los cuales se encuentran orientados a establecer las condiciones básicas y necesarias que garanticen la dignidad humana. Así, los derechos fundamentales representan la materialización de principios como la dignidad, la libertad y sobre todo la igualdad; justamente orientados por este razonamiento, podemos afirmar que estos derechos están íntimamente ligados a la igualdad, en la medida que dicho principio hace viable su ejercicio en armonía con la naturaleza humana.

En este orden de ideas, tenemos que la exigencia de igualdad encuentra un reconocimiento normativo en la Constitución Política del Perú, específicamente en el Artículo 2, numeral 2 que a la letra precisa: “Toda persona tiene derecho: 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier índole”, de lo cual se desprende la siguiente norma N2.2: “Está ordenado que se le reconozca a toda persona el derecho a la igualdad ante la ley, razón por la cual nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”.

Asimismo, dicha exigencia de igualdad, al formar parte de la persona humana, expande sus efectos a toda relación laboral, donde ésta sea parte, es por ello que se ha reconocido en el artículo 26, numeral 1 de la Constitución Política del Perú, de cuyo tenor se desprende la siguiente norma N26.1: “Esta ordenado el respeto al principio de igualdad de oportunidades sin discriminación en una relación laboral”, con ello se observa que la igualdad no solo exige reconocimiento general en la vida

de la persona, sino que también, y de forma específica, la acompañará cuando ésta ingrese a una relación laboral.

Además, tomando en consideración que el principio de igualdad proviene de la dignidad misma de la persona, su reconocimiento exige trascender del ordenamiento jurídico nacional y por lo tanto demanda ser examinado a través del derecho convencional. En dicho contexto, se aprecia que del Artículo 23, numeral 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos brota la norma N23.2: “Está ordenado que a toda persona se le respete el derecho a gozar de igual salario por trabajo igual sin discriminación alguna”, e incluso desde el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se desprenderá la siguiente norma N26: “Está ordenado que todas las personas sean iguales ante la ley y gocen de su protección sin discriminación. Está prohibida toda discriminación, dado que las personas merecen protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Luego, es que el Tribunal Constitucional ha indicado que “el principio de igualdad plasmado en la Constitución no solo exige, para el tratamiento en la aplicación de la ley a las personas, que la finalidad legislativa sea legítima, sino que los que reciban el trato desigual sean en verdad desiguales; que los derechos personales a la dignidad, a la integridad física, psíquica y moral, al libre desarrollo y bienestar, al honor y buena reputación, a la vida en paz, al goce de un ambiente adecuado, al desarrollo de la vida y a no ser víctima de violencia ni sometido a tratos humillantes, son derechos constitucionales aplicables a todo ser humano, sin que interese su grado de educación, sus costumbres, su conducta o su identidad cultural. En lo que respecta a estos derechos fundamentales, todas las personas son iguales, y no debe admitirse, en algunas personas y en otras no, la violación de estos derechos”⁸¹.

Así, el supremo interprete de la Constitución ha reiterado que la igualdad “en tanto principio, es uno de los pilares del orden constitucional que permite la convivencia armónica en sociedad y es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los

⁸¹ STC Exp. N° 00018-1996-AI/TC, F.J. 2.

podere públicos y de los particulares. En tanto derecho implica una exigencia de ser tratado de igual modo respecto a quienes se encuentran en una idéntica situación, debido a que los derechos a la igualdad y a la no discriminación se desprenden de la dignidad y naturaleza de la persona humana”⁸².

Consecuentemente podemos concluir que nuestro ordenamiento nacional concatenado con el derecho convencional y analizado desde la perspectiva del Tribunal Constitucional ha establecido el rechazo tajante hacia todo tipo de conductas que sugieran la existencia de tratos discriminatorios en la relación laboral, ya sea respecto de los hombres, como respecto de las mujeres, propiciando, por el contrario, normas que garanticen un ambiente laboral en el que primen condiciones de igualdad y paridad que permitan el adecuado ejercicio del derecho al trabajo, tanto en su dimensión de libertad como en su dimensión prestacional.

Por ello, es que el Estado, en su rol prestacional, debe asegurar, a través de medidas legislativas, que el acceso al empleo, así como su permanencia en el mismo se encuentren exentas de limitaciones inconstitucionales vinculadas a la discriminación, toda vez que ello supone el quebrantamiento y el desconocimiento de la dignidad humana e imposibilitan que la persona pueda satisfacer sus necesidades y por ende alcanzar óptimos grados de realización personales.

En el presente apartado nos importa de sobremanera referirnos a la discriminación de la cual puede ser víctima la madre gestante durante la relación laboral, ya sea por razón de sexo o por la condición física de ser madre. Así, tiene dicho el Tribunal Constitucional que, “la discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no solo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca. Tal como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. Por lo tanto, cualquier distinción de trato (distinción, exclusión o restricción) en el ámbito público o privado que sea desfavorable para la mujer por razón de su estado de gravidez, debido a que le impide injustificadamente gozar o ejercer los derechos fundamentales de que es titular, constituye un acto

⁸² STC Exp. N° 05652-2007-AA/TC, F.J. 17.

discriminatorio que es nulo de pleno derecho por contravenir el inciso 2) del artículo 2 de la Constitución”⁸³.

En este orden de ideas, resulta fundamental recordar que la protección “del derecho de igualdad y no discriminación de la mujer trabajadora sigue siendo uno de los problemas más importantes y graves a los que se enfrenta el ordenamiento jurídico laboral en la actualidad, tanto desde la perspectiva de los tratamientos peyorativos directos, contra los que aún se sigue luchando, como desde los comportamientos encubiertos, motivados por circunstancias o condiciones que tienen una conexión necesaria e inescindible del sexo de las personas y que, por ello, afectan de modo especialmente intenso las relaciones de trabajo de aquel sexo del que son características. La situación de embarazo es el paradigma de circunstancia que deriva en el mayor número de supuestos de actos discriminatorios contra la mujer trabajadora, tanto desde el acceso al empleo, como en la determinación de condiciones de trabajo, su promoción profesional y, especialmente, en la terminación de la relación contractual”⁸⁴.

Y es que, como resulta de pleno conocimiento “la discriminación contra la mujer es un fenómeno social que aún pervive en las sociedades, lo cual genera una vulneración del derecho a la igualdad sin sufrir discriminación por ninguna razón, motivo o circunstancia. En lo que al caso incumbe cabe enfatizar que la discriminación basada en el sexo constituye una forma de violencia contra la mujer que vulnera el derecho a la integridad; y que, sin duda, la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer es una asunto de trascendencia social así como una obligación internacional del Estado”⁸⁵.

En atención a dichas consideraciones es que el ordenamiento jurídico ha previsto la existencia de normas orientadas a promover el respeto y la protección de la madre gestante al interior de una relación laboral. Y es que del artículo 29, literal e) del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral brota la siguiente norma N29.e: “Está ordenado sancionar con nulidad el despido que tenga por motivos el embarazo, durante cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días siguientes al mismo”.

⁸³ STC Exp. N° 01151-2010-AA/TC, F.J. 3.

⁸⁴ CAIROS BARRETO, Dulce María, “La confirmación constitucional de la nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada”, en *Relaciones Laborales*, Núm. 22, Madrid, 2008, pp. 45-46.

⁸⁵ STC Exp. N° 05652-2007-AA/TC, F.J. 9.

En el mismo sentido, recientemente el Estado peruano ha dispuesto a través de la Ley N° 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, específicamente en el artículo 6 la siguiente norma N6: “Está prohibido que la entidad empleadora despida o no renueve el contrato de trabajo por motivos vinculados a que las trabajadoras se encuentren embarazadas”.

No obstante, pese a la protección antes señalada consideramos que aún existen ámbitos exentos de control y regulación, como es el caso de las mujeres embarazadas a las que se les extingue el contrato laboral durante el periodo de prueba sin justificación alguna. En razón de ello, somos del parecer que se debe promover la existencia de políticas serias y proyectos de reformas de leyes que garanticen que la mencionada igualdad en el ámbito de una relación laboral exista, a tal escala que las mujeres no solo por razón de su sexo, sino por su misma condición de estado de gravidez sean respetadas en su condición de trabajadoras evitando que determinados actos del empleador, durante el periodo de prueba, pongan fin a la relación laboral y terminen por hacer inviable el ejercicio pleno y razonable del derecho al trabajo, tanto en su dimensión de libertad como en su dimensión prestacional.

En consecuencia, se puede concluir que el precepto de no discriminación tiene como una de sus finalidades asegurar la igualdad real de la mujer embarazada en la sociedad y por ende en el centro de trabajo, aboliéndose todo tipo de factor condicionante y diferenciador que incida de forma exclusiva contra ésta y su estado de gravidez, en tal condición que el hecho mismo del embarazo no implique una restricción indebida al ejercicio del derecho al trabajo, sino que dicho derecho válidamente ejercido promueva a la futura madre el goce de un empleo que le permita desarrollar ambas facetas, la de madre y la de trabajadora, ya que el derecho al trabajo no solo le permitirá sentirse útil ante la sociedad, sino que también le permitirá proveerse de recursos económicos que garanticen su manutención y la de su menor hijo. Por tanto, como se indicará más adelante, existe una exigencia constitucional para que se respete el contrato laboral de una madre gestante aún cuando rija el periodo de prueba.

2.1.2. La protección internacional de la mujer durante el periodo de gestación

A decir del Tribunal Constitucional peruano, “la protección de la igualdad de derechos de la mujer ha sido ampliada y reforzada con la Declaración sobre la

Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (DEDM), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDM) y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (PFCEDM), porque a pesar de la existencia de otros instrumentos internacionales que favorecen la igualdad de derechos, las mujeres siguen siendo discriminadas en todas las sociedades”⁸⁶. Por ello, es prudente analizar la protección que los dispositivos internacionales y nuestro propio ordenamiento jurídico establecen para implementar medidas que otorguen una protección reforzada a favor de la madre gestante en el ámbito de la relación laboral y, específicamente, durante el periodo de prueba.

Así, tenemos que con sujeción a lo dispuesto por el Artículo 11, numeral 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, se ha previsto que:

“A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base de estado civil; b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales; c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños; d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella”, de la cual brota la siguiente norma N11.2: “Está ordenado a los Estados partes adoptar medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, incluidas medidas para prohibir el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad”.

Además, según lo regulado en el Artículo 10, numeral 3 de la Declaración sobre la Eliminación de la discriminación contra la mujer se ha establecido que: “Las medidas que se adopten a fin de proteger a la mujer en determinados tipos de trabajo

⁸⁶ STC Exp. N° 05652-2007-AA/TC, F.J. 22.

por razones inherentes a su naturaleza física no se considerarán discriminatorias”, de cuya disposición subyace la siguiente norma N10: “Está ordenada la adopción de medidas que protejan a la mujer en determinados trabajos por razones inherentes a su naturaleza”.

Dicho esto, corresponde indicar que la protección que ofrecen los dispositivos internacionales a favor de la mujer, no solo limitan sus efectos a la mera condición de naturaleza física o sexo, sino que también irradian sus garantías hacia la especial condición que adquiere la mujer durante el estado de gravidez, esto es, el Derecho Internacional y sus dispositivos internacionales se introducirán en nuestro ordenamiento nacional a través del derecho convencional para ofrecer protección a la madre gestante con la finalidad de tutelar la vigencia de su derecho al trabajo, tanto en su dimensión de libertad (potestad de decidir dónde, cómo y hasta cuándo trabajará), como en su dimensión prestacional, sea esta vista desde su componente de acceso al empleo o de permanencia en el mismo, así como de las condiciones en las que el empleo se desempeña, todo ello con la finalidad de asegurar que la madre gestante tenga la posibilidad de proveerse los recursos suficientes para su subsistencia y la de su menor hijo cuya nacimiento se aproxima.

Y es que, a decir del Derecho convencional, la protección que se le brinda a la madre gestante se caracteriza por tener una condición bastante especial y reforzada por el hecho objetivo y constatable de la gestación, el cual como hecho natural y propio de la mujer sugiere la necesidad de ofrecer una protección que no será igual, o no merecerá un trato igualitario al del hombre; una protección reforzada que irradie en el ordenamiento nacional la exigencia de instaurar medidas legales singulares y únicas para evitar una vulneración de derechos pluriofensiva, ello en la medida que no solo estaría en juego el derecho al trabajo de la madre gestante, sino también el derecho del menor de que su progenitora le pueda suministrar los debidos cuidados que le permitan un desarrollo y crecimiento adecuados. Por ello, es que el Derecho convencional impone al Estado la obligación de asegurar que en su ordenamiento jurídico interno se gesten medidas políticas y leyes orientadas a la protección de la madre gestante.

Así, “el Estado peruano como ente privilegiado y excluyente para el otorgamiento de tutela jurisdiccional, debe establecer mandatos de actuación y reconocer principios materiales básicos con la finalidad de aplicar derechos

singulares a procesos judiciales especiales distintos de los procesos judiciales comunes, en razón del interés público de los derechos fundamentales que se transgreden a mujeres embarazadas o personas con alguna discapacidad, entre ellos, los de igualdad, dignidad, libre desarrollo de la personalidad, bienestar y autonomía; impidiéndose la discriminación en todas las esferas de la vida del ser humano, pública y privada”⁸⁷.

Bien vistas las cosas, el Estado, irradiado de las exigencias de Derecho convencional y con sujeción de su normativa nacional debe cumplir activamente con su rol garantista y asegurar que su obligación de fomentar y promover la creación de puestos de trabajo (que dimana de la dimensión prestacional del contenido constitucional del derecho al trabajo en su componente de acceso al empleo), se materialice a tal escala que las oportunidades de empleo, y las vacantes que éstas supongan, puedan ser ocupadas en solución de continuidad y estabilidad laboral por las trabajadoras gestantes (componente de permanencia en el empleo propio de la dimensión prestacional del contenido del derecho al trabajo).

Consecuentemente, se puede anticipar que la postura del Derecho convencional estará inclinada a ofrecer una protección objetiva a favor de la mujer durante la relación laboral respecto de su especial condición de madre gestante, en tanto reconoce que en dicho estado la mujer resulta especialmente vulnerable ante cualquier accionar arbitrario y/o discriminatorio del empleador y por ende dejará en un segundo plano el análisis justificatorio de la intencionalidad del empleador frente a una eventual situación que implique indicios de discriminación, pues primará la efectiva vigencia de principios elementales como son la igualdad, la dignidad y naturaleza humanas.

2.1.3. Vigencia y protección de los derechos de la madre gestante en materia laboral

La protección efectiva de los derechos de la madre gestante dentro de una relación laboral encuentra su sustento y asidero legal en el principio de igualdad, del cual el Tribunal Constitucional ha mencionado que, “se encuentra resguardada cuando se acredita la existencia de los dos requisitos siguientes: a) paridad,

⁸⁷ RUIZ RIQUERO, José Humberto, “La protección de la trabajadora embarazada y de las personas con discapacidad en el marco de una relación jurídico - laboral”, en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, Tomo 113, Lima, Gaceta Jurídica S.A, 2017, p. 114.

uniformidad y exactitud de otorgamiento o reconocimiento de derechos antes hechos, supuestos o acontecimientos semejantes, b) paridad, uniformidad y exactitud de trato o relación intersubjetiva para las personas sujetas a idénticas circunstancias y condiciones. En buena cuenta, la igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna; esto es, a no ser tratada de manera dispar respecto a quienes se encuentren en una misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato”⁸⁸.

Estando a ello, “las razones que justifican la protección a la trabajadora durante el estado del embarazo, luego del nacimiento y sus consecuencias o mientras dure la lactancia, no es únicamente evitar la materialización de un acto de discriminación por un hecho inherente a la mujer, sino que durante ese periodo en que la trabajadora se encuentra impedida de ejercer actividades con normalidad porque además se encuentra al cuidado de una nueva vida, se limite su derecho de defensa, de manera que al encontrarse disminuida físicamente, no pueda hacer frente a algún acto abusivo del empleador”⁸⁹.

Así, durante la relación laboral, la madre gestante, al igual que cualquier trabajador ostenta determinados derechos innatos a su condición de empleada, entre ellos, percibir una remuneración justa, beneficios sociales (gratificaciones, CTS, vacaciones), asignación familiar, seguro médico de ESSALUD pagado por el empleador, la aportación mensual al sistema privado o público de pensiones (AFP u ONP, respectivamente); y por su propia condición de madre gestante, a gozar de descanso pre natal y en etapa posterior al parto, el descanso pos natal, e incluso el subsidio por lactancia. No obstante ello, por su especial condición de gravidez, la trabajadora gestante también gozará de una protección especial contra el despido que pueda materializar el empleador por razones discriminatorias.

El Estado peruano desde su legislación nacional y con sujeción al derecho convencional ha conferido, tomando como punto de partida la dignidad de la persona, la protección a la trabajadora gestante, estableciendo mecanismos necesarios para ofrecer una tutela contra actos arbitrarios o encubiertos que tengan como objetivo vulnerar los derechos laborales de la madre en su especial condición de gravidez. En este punto, conviene destacar la importancia que cobra el literal e)

⁸⁸ STC Exp. N° 02510-2002-AA/TC, F.J. 2.

⁸⁹ ÁVALOS JARA, Oxal Víctor, “Alcances sobre la tutela frente al despido de la madre trabajadora”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 207, 2015, p. 22.

del artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, cuando dispone que: “Es nulo el despido que tenga por motivo: e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir. Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa”.

En el mismo sentido, se ha promulgado y publicado el día 27 de diciembre del 2017 la Ley N° 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres de cuyo artículo 6, como hemos mencionado, brota la siguiente: “Está prohibido que la entidad empleadora despida o no renueve el contrato de trabajo por motivos vinculados a que las trabajadoras se encuentren embarazadas”.

Así, con referencia a los citados artículos resulta claro que el legislador sanciona con la institución de despido nulo aquella conducta desarrollada por el empleador respecto de la trabajadora gestante, cuando éste no logre acreditar la existencia de una causa justa de despido que motive la extinción de la relación laboral o cuando decida no renovar el contrato de trabajo. Por ende, se puede afirmar que, con dichos presupuestos y medidas legales de protección a las madres gestantes, se está imponiendo al legislador la ardua labor de, progresivamente, conseguir argumentos efectivos que promuevan un mayor grado de protección a favor de la trabajadora gestante (protección reforzada), cuyos fundamentos radicarán en la estabilidad laboral durante el estado de gravidez, que promoverá un desarrollo normal de funciones y la continuidad en las mismas, por ser ello acorde al contenido esencial del derecho al trabajo que le permita alcanzar altos grados de realización personal.

Consecuentemente, dicha protección no solo debe materializar después de superado el periodo de prueba o en la renovación de un contrato de trabajo, sino que deberá ser aplicada también durante el periodo de prueba de la relación laboral, ya sea este de 3, 6 o 12 meses.

Por ello, resultará sumamente interesante analizar, con posterioridad, la importancia de que exista una protección reforzada en beneficio de la trabajadora gestante, la cual expanda sus efectos no solo desde el momento en que se supere el

periodo de prueba, sino también cuando este periodo de evaluación para adecuación al puesto de labores aún se encuentre vigente, ello en la medida que, como se detallará más adelante, muchos empleadores toman como pretexto la inexistente protección y carente amparo de los derechos laborales de la madre gestante en esta etapa, para encubrir actos arbitrarios y discriminatorios orientados a vulnerar derechos laborales y que tiene como única finalidad desvincular a mujeres en estado de gravidez para eliminar las posibles “cargas laborales” que dicho estado trae consigo. En este orden de ideas, en los capítulos venideros se justificará como la presente propuesta se adecua correctamente al contenido esencial del derecho al trabajo y, en buena cuenta, evitará la segregación laboral de las trabajadoras por causas relacionadas a su condición de futuras madres.

2.1.4. Supuestos de discriminación de la madre gestante durante la relación laboral

Como hemos referido, el contenido del derecho al trabajo desde su *dimensión de libertad* confiere a la trabajadora gestante la posibilidad de trabajar o no, de elegir libremente el empleo que mejor se condiga con su perfil ocupacional o profesional y que colme sus expectativas salariales, mientras que desde su *dimensión prestacional* otorga a su titular la potestad de acceder a un puesto de labores cuya creación sea promovida por el Estado (componente de acceso al empleo), a que las condiciones en que ese trabajo sea desarrollado resulten acordes con la dignidad humana, al otorgamiento de un trato en condición de igualdad respecto de los demás trabajadores y finalmente a que la terminación de la relación laboral no sea fruto de un accionar arbitrario del empleador sino que dicha decisión se encuentre plenamente justificada en causas objetivas, que bien, encausen el despido, o que por el contrario, demanden la extinción del vínculo por vencimiento del plazo de contratación (componente de permanencia en el empleo como parte de la dimensión prestacional de contenido constitucional del derecho al trabajo); tomando en consideración ello, resulta prudente, a continuación, identificar cuáles serían los posibles supuestos en que se discrimina a la madre gestante al inicio, durante e incluso al final de la relación laboral.

Así, debemos señalar que un primer acto de discriminación se observa cuando se establece, como requisito para el acceso al empleo, la postulación de mujeres que

no se encuentren gestando, es decir, se le restringue a la madre gestante la posibilidad de acceder a un puesto de trabajo por el solo hecho de encontrarse en estado de gravidez, sin siquiera evaluar sus condiciones profesionales para el perfil del cargo, lo cual contraviene la dimensión prestacional del contenido constitucional del derecho al trabajo en su componente de acceso al empleo.

Un segundo supuesto lo encontramos cuando la madre gestante dentro de la relación laboral es condicionada a mantenerse en el puesto de labores percibiendo una remuneración sustancialmente menor a la que percibe el resto de trabajadores, ya sean mujeres o varones, sin que exista un criterio objetivo que lo determine.

Luego, un tercer supuesto de discriminación se da cuando el empleador extingue la relación laboral de la madre gestante sin que exista razón justificatoria alguna, ello en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento, tal como lo prevé el literal e) del artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral; mientras que un cuarto supuesto lo tenemos cuando el empleador a sabiendas de la condición de gravidez de la mujer, decide no renovar contrato, lo que sugiere un despido nulo encubierto, tal como lo ha sancionado el Artículo 6 de la Ley N° 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, analizado en concordancia con el Convenio OIT 183.

Finalmente, un quinto y último supuesto, el cual a nuestro criterio (como se defenderá posteriormente) se presentará cuando, en el contexto del periodo de prueba de una relación laboral, el empleador, teniendo conocimiento del estado de gravidez de la mujer, decide interrumpir el periodo de prueba comunicando su no superación sin expresión de causa, ya que a nuestro entender, salvo que el empleador demuestre lo contrario, en la totalidad de las oportunidades que se presenten estas circunstancias el empleador habrá tomado dicha decisión amparándose en un acto discriminatorio, el cual será: el hecho de que la mujer se convierta en madre, mas no en la no adecuación de la madre gestante según su perfil profesional a los requisitos del puesto de labores en la empresa o al desempeño del mismo, situación que sin lugar a dudas, contraviene la dimensión prestacional del contenido constitucional del derecho al trabajo en su componente de permanencia en el empleo.

Consecuentemente, y como se sustentará posteriormente, en este supuesto el empleador deberá justificar las razones que acrediten que la madre gestante, por su

desempeño durante los meses del periodo de prueba, no se logró adecuar al perfil del puesto de labores y por ende, correspondía la extinción de la relación laboral, ya que, solo así, se entenderá por satisfecha la vigencia de la dimensión prestacional del contenido constitucional del derecho al trabajo en su dimensión de permanencia en el empleo.

2.1.5. Protección objetiva del embarazo durante el periodo de prueba: deber de la trabajadora de comunicar su estado al empleador

De lo previsto en el inciso e) del artículo 29 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral se desprende la siguiente norma N29e: “Está ordenado declarar nulo el despido que tenga por motivo el embarazo en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto”, de lo cual se deduce que para que la madre gestante obtenga la protección contra el despido nulo deberá haber cumplido con comunicar al empleador su estado de gravidez de forma cierta y documental, esto es, que a través de un medio certero haya informado a su empleador que se encuentra gestando.

Dichos medios de comunicación efectivos, que cumplen dicha finalidad informativa, podrán ser una carta documento con el sello de recepción del empleador, una carta notarial adjuntando el acervo documentario que sustenta tal condición e incluso un mensaje de correo electrónico, en el caso que el empleador cuente con un correo corporativo asignado a sus trabajadores.

Así, dicha obligación que recae sobre la trabajadora gestante, ha sido objeto de pronunciamiento del Tribunal Constitucional, para quien, “para declarar nulo el despido de las trabajadoras embarazadas, lesivo del derecho a la no discriminación por razón de sexo, es menester la acreditación del previo conocimiento del estado de gestación por parte del empleador que despide o el requisito de la previa notificación de dicho estado por la trabajadora al empleador”⁹⁰.

Sin embargo, desde nuestra posición, dicha exigencia de legalidad orientada a obtener la protección contra el despido nulo, podrá ser enervada o ceder cuando las condiciones físicas de la madre gestante hagan innecesaria la obligación de remitir un comunicado informando dicho estado, es decir, cuando, las condiciones físicas de la futura madre (vientre materno) sean tan evidentes que, a simple vista, permitan

⁹⁰ STC Exp. N° 02148-2010-AA/TC, F.J. 5.

conocer a ciencia cierta que ésta se encuentra en estado de gravidez o se encuentra gestando.

Igual parecer ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la República, la cual ha señalado que “si bien no se notificó al empleador documentalmente del embarazo, también lo es que dado el estado de gestación evidente por el desarrollo del feto y crecimiento del vientre de la demandante, resultaba irrazonable exigir la notificación documental a la demandada, toda vez que conforme se ha expuesto amplia y razonadamente en la sentencia de vista, era conocido el estado de gravidez de la trabajadora; en consecuencia como la norma en comento apunta a entender a la notificación documental como la certeza de que el empleador tome conocimiento del embarazo de la trabajadora, esta notificación ya no es exigible ante una situación evidente de certeza indudable del estado de gravidez; por lo que, se debe evitar caer en la literalidad del precepto, pues lo que se persigue es la protección que prevé el ordenamiento constitucional, como el artículo 23 de nuestra Carta Magna, de la madre trabajadora y en particular de aquella que se encuentra embarazada”⁹¹.

Así, podemos concluir que la trabajadora gestante, únicamente tendrá la obligación de comunicar al empleador sobre su estado de gestación, cuando dicha condición no sea susceptible o fácilmente perceptible, caso contrario, si su estado de gravidez resulta evidente, dicha obligación quedará enervada completamente y la protección que la ley prevé se le debe otorgar a la trabajadora gestante de forma automática.

2.2. El periodo de prueba durante la relación laboral

2.2.1. Definición del periodo de prueba en la relación laboral

Desde nuestra legislación nacional se tiene que de acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 10 del Decreto Supremo N° 003-97-TR (27/03/1997), Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral: “El periodo de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario. Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un periodo de capacitación o

⁹¹ Casación N° 4957-2011 – La Libertad, publicada en el diario oficial El Peruano el 28 de febrero de 2013.

adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del periodo de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el periodo inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección”. No obstante, el referido artículo no menciona un concepto preciso del periodo de prueba, motivo por el cual el objetivo del presente apartado es arribar a una definición que nos permita comprender dicha institución laboral.

El periodo de prueba ha sido definido como “el tiempo de transición regulado por nuestro ordenamiento, al cual se sujeta al trabajador a efectos de la evaluación de su idoneidad para el puesto en que ha sido contratado, con el fin de determinar su situación jurídica laboral en la empresa en que decida prestar sus servicios. Asimismo, es un periodo legal que se aplica al inicio del contrato de trabajo cualquiera fuera su modalidad”⁹² y cuya finalidad principal, a decir de PIQUERAS PIQUERAS es “que el empresario pueda conocer la aptitud profesional del trabajador en el puesto de trabajo para el que ha sido contratado; y dicha aptitud se integra por las condiciones profesionales del trabajador (sin perjuicio de que en algún caso formen parte de éstas determinadas cualidades de carácter personal, cuando el puesto de trabajo lo exija, pero que, en todo caso y por ello, se tornan en cualidades profesionales)”⁹³.

Por lo tanto, la correcta naturaleza del periodo de prueba implica su configuración como un lapso de tiempo dentro de la relación laboral, en la cual el empleador, al amparo de su poder de dirección y facultad discrecional, evalúa si el perfil profesional u ocupacional del trabajador o la trabajadora se ajusta o resulta idóneo para satisfacer las necesidades, obligaciones y exigencias que el puesto de labores demanda dentro de la estructura organizacional del centro de labores.

Consecuentemente, aunque de forma implícita, dicha etapa de evaluación exigirá que la decisión del empleador, extinguir la relación laboral durante el periodo de prueba, se encuentre íntimamente vinculada al hecho de que las condiciones o perfil profesional u ocupacional del trabajador no sean las idóneas para el puesto laboral, esto es, que la decisión debe estar ligada necesariamente a esta causal, más

⁹² TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y VINATEA RECOBA, Luis, *Guía Laboral*, Lima, Gaceta Jurídica, 2015, p. 49.

⁹³ PIQUERAS PIQUERAS, María del Carmen, *La extinción del contrato durante el periodo de prueba como despido*, 1º edición, Ibidem Ediciones, Madrid, 1995, p. 40.

no a cualquier otra de naturaleza discriminatoria que termine por vaciar el contenido del periodo de prueba y, finalmente, por desnaturalizar completamente dicha institución, invalidando su propósito.

Siendo así, es justamente sobre dicho punto que basaremos nuestro análisis, evaluar si resulta o no contrario a la naturaleza misma del periodo de prueba que el empleador, pese a saber que el perfil profesional u ocupacional de la trabajadora gestante es el adecuado e idóneo para ocupar y desempeñar el puesto de labores en el centro de trabajo, da por terminada la relación laboral a través de la figura de no superación del periodo de prueba, así como analizar, si resulta acorde a la dignidad de la trabajadora que, en la formación de tal decisión, el empleador pueda basarse única y exclusivamente en el hecho de que ésta se encuentre en estado de gravidez o bajo el pretexto de evitar asumir cargas laborales y otros beneficios que por su especial condición, el derecho laboral le otorga, determinando, finalmente, si ello deviene en una discriminación encubierta, en la medida que vulnera el componente de permanencia en el empleo de la dimensión prestacional del contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo.

2.2.2. Supuesto que implica la no superación del periodo de prueba

Pues bien, partiendo de la definición que de periodo de prueba hemos esbozado, corresponde indicar que el supuesto que conllevará a que el empleador comuniqué a la trabajadora gestante, y a cualquier otro trabajador, que no superó el periodo de prueba, deba enfocarse en el hecho que el perfil profesional u ocupacional de la trabajadora, después de haber sido puesta a prueba y evaluada razonablemente, no resulte ser el adecuado o idóneo para el puesto de trabajo, es decir, que pese a la oportunidad otorgada en el plazo convenido, la trabajadora haya demostrado que su desempeño no es el esperado para satisfacer las exigencias del cargo o que, en el peor de los casos, su desempeño haya sido tan adverso que haya propiciado la comisión de negligencias en las funciones encomendadas, y por ende, incluso haber generado perjuicios económicos para el empleador.

Y es que, tal como lo ha justificado la doctrina española, siendo el periodo de prueba “un instrumento para facilitar la selección del personal”⁹⁴, la regularidad de dicho periodo de prueba, en materia laboral, implicará que su no superación

⁹⁴ BALLESTER PASTOR, María Amparo, *El periodo de prueba*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 9.

obedezca estrictamente a temas de capacidad profesional u ocupacional de la persona que ha sido contratada, esto es, verificar si es que la ejecución de las funciones del cargo realizadas por la trabajadora gestante no son las idóneas para continuar en el puesto, no solo porque afectan el funcionamiento de dicha área, sino porque también dificultan el normal desarrollo de la unidad productiva de la empresa, y por ende pueden generar perjuicio económico para el empleador.

Bien vistas las cosas, debemos señalar que “el poder resolutorio empresarial durante el periodo de prueba queda circunscrito a la esfera de la aptitud profesional. Dicho con otras palabras, el empresario podrá ejercitar el mismo por motivos relacionados única y exclusivamente con la prestación laboral”⁹⁵, y por ende “será el principio de la buena fe en el ejercicio de los derechos y obligaciones de la relación laboral el que se encargue de valorar y aquilatar la solución propuesta especialmente sí, amparándose en el período de prueba, el empresario extingue el contrato de trabajo”⁹⁶. Y es que, la decisión de dar por no superado el periodo de prueba, definitivamente, debe ampararse en el desempeño profesional u ocupacional y no en quebrantar el principio de buena fe laboral a través de la vulneración de algún derecho fundamental.

En resumen, se puede arribar a “la conclusión de que la extinción durante el periodo de prueba por voluntad del empresario no debe lesionar un derecho fundamental. Por ello las fronteras de dicho acto se encuentra, por una parte en los límites que impone el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales, y por otro en las exigencias derivadas de la legalidad ordinaria. Si bien, más que elaborar un listado de causas justificativas, se trata de excluir, por vía negativa, aquellas que no puedan serlo, cerrando el “círculo de la libertad absoluta de resolución”⁹⁷, más aún porque el acto que vulnera el derecho fundamental al trabajo y la exigencia de igualdad y no discriminación, emitido por el empleador y orientado a dejar sin efecto la relación laboral de una trabajadora gestante durante el periodo de prueba, no puede ni podrá superar el control de constitucionalidad, ya que supondrá, de forma evidente, una restricción indebida de la dimensión prestacional del

⁹⁵ PIQUERAS PIQUERAS, María del Carmen, *La extinción del contrato durante el período de prueba como despido*, ob. cit., p. 42.

⁹⁶ Idem, p. 67.

⁹⁷ Idem, p. 38.

contenido constitucional del derecho al trabajo en su componente de permanencia en el empleo.

2.2.3. Comunicación al trabajador de la no superación del periodo de prueba y sus efectos

La potestad de resolver un contrato laboral y/o introducir cambios en el mismo, le viene conferida al empleador por el artículo 9 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en la medida que de esta brota la norma N9: “Está permitido que el empleador ejerza dirección y tenga las facultades de normar reglamentariamente las labores del trabajador, dicte las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas y sancionar disciplinariamente dentro de los límites de razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de obligación a cargo del trabajador”.

Con sujeción al referido razonamiento y al amparo de la definición de periodo de prueba, el empleador, una vez que analizó y evaluó correctamente el desempeño del trabajador o de la trabajadora en el puesto de labores y ha arribado a la conclusión de que su perfil no es el adecuado o idóneo, tiene la posibilidad de resolver unilateralmente el contrato laboral alegando no superación del periodo de prueba y dar por finalizada la relación laboral dentro del plazo previsto y pactado como periodo de prueba, entregando al trabajador o trabajadora una Carta de no superación del periodo de prueba estableciendo el día en que deberá abandonar su puesto de labores.

Entonces, el efecto inmediato subsecuente de la no superación del periodo de prueba radicará en que la relación laboral será finalizada, debiendo el empleador cumplir con abonar todos los beneficios laborales que le pudieran corresponder al trabajador a la fecha de su cese; deberá entonces elaborarse la liquidación de beneficios sociales, el certificado de trabajo y la constancia de cese. Cabe precisar que dichos derechos laborales son de imperativo cumplimiento, pese a que el trabajador o trabajadora no haya superado el periodo de prueba, por ende el empleador no podrá desvincularse de su cumplimiento, sin que ello suponga el quebrantamiento de las leyes laborales y pueda suponer o generar infracciones pasibles de ser sancionadas por los entes supervisores del cumplimiento de las obligaciones sociolaborales.

Así, la decisión de dar por no superado el periodo de prueba debe ser comunicada documentalmente a la trabajadora en tanto con ello se otorga un dato cierto a ésta de la finalización de su contrato laboral e incluso el mismo empleador obtiene certeza de la fecha de finalización del contrato para el cálculo de beneficios laborales.

En resumen, la formalidad que expresa la decisión del empleador de determinar la no superación del periodo de prueba se comunica al trabajador a través de un documento válidamente notificado a éste y cuyo efecto connatural será la extinción de la relación laboral o vínculo laboral y el correlativo pago de los beneficios laborales que le pudieran corresponder. En otras palabras, “el acto resolutorio empresarial con ocasión del período de prueba debe ser comunicado por escrito al trabajador, expresando los motivos que lo justifican (no serán otros que el resultado insatisfactorio de la prueba), así como la fecha a partir de la cual tendrá efectos el mismo”⁹⁸, así como se explicará posteriormente, dicho deber de justificación no podrá ser enervado en el caso de trabajadoras gestantes, pues será justamente ello lo que evitará que se califique al acto de resolver unilateralmente el contrato laboral como discriminatorio.

2.2.4. Hacia una adecuada armonización entre el derecho al trabajo y la libertad de contratación del empleador durante el periodo de prueba

La libertad de contratación como expresión de la autonomía privada viene regulada por nuestro ordenamiento jurídico constitucional en el Artículo 2, inciso 14 de la Constitución Política del Perú, “Toda persona tiene derecho a (...) 14. Contratar con fines lícitos siempre que no se contravengan leyes de orden público”, de la cual brota la norma N2.14: “Está ordenado que toda persona tenga derecho a contratar con fines lícitos siempre que no contravenga el orden público. Asimismo, otra referencia a dicha libertad es la regulada en el Artículo 62 de la Constitución, de la cual se puede inferir la norma N62: “Está ordenado que a las partes se les garantice la libertad de contratar según las normas vigentes”; de ello se deduce que, en principio, el citado derecho confiere a su titular, ya sea persona natural o jurídica,

⁹⁸ PIQUERAS PIQUERAS, María del Carmen, *La extinción del contrato durante el período de prueba como despido*, ob. cit., p. 49.

una primera potestad, la cual radica en contratar o no, estableciendo como limite inmanente el respeto al orden público y a la normativa vigente.

Ahora bien, por su parte la doctrina ha indicado que la libertad de contratación, “consiste en la facultad que reconoce el ordenamiento legal a los particulares para autorregular sus relaciones jurídico-económicas con los demás. De esta manera, el Derecho otorga a los particulares el poder de crear la norma que regulará sus relaciones económicas, sus negocios y de las personas con quienes se vinculará. La libertad de contratación, entonces, no es otra cosa que la posibilidad de que los particulares decidan libremente sobre su patrimonio, determinando con la misma libertad el contenido de sus convenios y sin mayor peligro de la intervención del Estado. En esta línea, lo querido por las partes debe ser respetado por todos, incluido el Estado, siempre que tal acuerdo no colisione con la ley”⁹⁹, lo que sugiere no solo la existencia de un limite inherente en dicha libertad, el cual supone la infracción a la ley, sino que establece una segunda potestad, orientada a la capacidad de las partes para poder determinar el contenido del contrato o convenio que surja producto de la ejecución de dicha libertad.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha indicado sobre dicha libertad que, “según el artículo 1351 del Código Civil el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Por tanto, es un acto bilateral o trilateral, o de demás personas, que emana de la manifestación de voluntad coincidente de las partes intervinientes. Uno de los elementos esenciales del contrato es, precisamente, la autonomía de la voluntad, la cual tiene un doble contenido: a) la libertad de contratar (consagrada en los artículos 2, inciso 14), y 62 de la Constitución Política del Perú) llamada también libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuando y con quién se contrata; y 2) la libertad contractual, también conocida como libertad de configuración interna, que es la de determinar el contenido del contrato”¹⁰⁰, pronunciamiento que permite inferir que el derecho a la libertad de contratación contiene dos libertades: la primera, la de contratar o no, siempre que sea con fines lícitos y la segunda, la libertad de determinar el contenido del contrato o convenio que surja de la ejecución de la primera libertad.

⁹⁹ GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter “Libertad de contratación”, en GUTIERREZ CAMACHO, Walter (Editor), *La Constitución comentada*. Tomo I, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 255.

¹⁰⁰ Cfr. STC Exp. N° 01869-2010-AA/TC, F.J. 5.

Así, se puede concluir que el contenido del derecho a la libertad de contratación está compuesto por dos libertades: la libertad de contratación y la libertad contractual¹⁰¹. Desde la primera, toda persona, natural o jurídica, tendrá la potestad de celebrar o no un contrato con fines lícitos, y en caso decida contratar, determinar con qué persona natural o jurídica contratará, mientras que desde la segunda, se estipulará la facultad de establecer el contenido del contrato o convenio, respecto del tipo, forma, objeto, obligaciones de las partes, plazos e incluso modo en que dicho contrato deba resolverse y los medios en que se deslindarán los posibles conflictos que de este subyagan.

Definido el derecho a la libertad de contratación y establecida las dos libertades que dicho derecho contiene: libertad de contratar y libertad contractual; corresponde afirmar y establecer que dichas potestades resultan plenamente aplicables al contrato de trabajo existente entre una parte llamada empleador y otra, llamada trabajador, pues, valgan verdades, el contrato laboral, finalmente es un contrato en sentido estricto, a partir del cual surgen efectos jurídicos para las partes que lo suscriben.

Dicho derecho a la libertad de contratación aplicado al derecho laboral, permite establecer que el empleador como sujeto de derecho (persona jurídica) tiene la plena libertad de contratar o no, con arreglo a la ley, a una persona llamada trabajador, que resulte más idóneo para ocupar y desempeñar correctamente el puesto de labores en su empresa (libertad de contratar), pero también, como expresión de la autonomía privada de las partes, confiere a las mismas, la potestad de establecer cuál es el contenido del contrato, es decir, determinar el tipo, la forma, el objeto, las obligaciones de las partes, el plazo y el modo en que dicho contrato deba resolverse, así como los medios en que se deslindarán los posibles conflictos que de este emanen.

Por lo tanto, el derecho a la libertad de contratación, en la medida que ostenta como límite inmanente el orden público y el respeto a ley, no puede suponer la vulneración de derechos fundamentales de la persona, en tanto ésta es el fin supremo del Estado y de la sociedad, consecuentemente, dicha libertad de contratación no puede extralimitarse y llegar a vulnerar derechos fundamentales, como lo es el derecho al trabajo y las facultades que confiere su contenido.

¹⁰¹ GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter “Libertad de contratación”, en GUTIERREZ CAMACHO, Walter (Editor), *La Constitución comentada*. Tomo II, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 107.

Y es que, tanto la libertad de contratación como el derecho al trabajo, al ser bienes humanos debidos cuya consecución permiten a su titular conseguir grados de realización en orden a la satisfacción de sus necesidades, no pueden configurarse como derechos que entren en choque o que colisionen entre sí generando conflictos, sino que por el contrario, deben encontrarse debidamente armonizados, dada la naturaleza única de la persona y en el entendido que la Constitución que los reconoce resulta ser una realidad única y homogénea que no admite contradicciones ni conflictos.

En tal sentido, y tal como lo expone CASTILLO CÓRDOVA, “Solo a través de una correcta delimitación del contenido constitucional de los derechos se hace posible una vigencia armoniosa y complementaria de ellos, los cuales en sí mismos -como ya se dijo- son realidades esencialmente compatibles entre sí”¹⁰². Consecuentemente, “la delimitación del contenido de los distintos derechos reconocidos constitucionalmente en general, debe hacerse tomando en cuenta al menos los siguientes tres elementos: primero, la compleja y unitaria naturaleza del hombre; segundo, la consideración de todo el texto constitucional en su conjunto como si de una unidad se tratase (en particular los preceptos que reconocen derechos y las disposiciones legales que los desarrollen); y tercero, las circunstancias presentes en cada controversia concreta”¹⁰³.

En este orden de ideas, la teoría de armonización entre el derecho a la libertad de contratación y otros derechos fundamentales, ha sido acogida por el Supremo Interprete de la Constitución cuando señala que en el caso de “acuerdos contractuales, incluso los suscritos en ejercicio de la autonomía privada y la libertad contractual de los individuos, no pueden contravenir otros derechos fundamentales, puesto que, el ejercicio de la libertad contractual no puede considerarse como un derecho absoluto, pues todos los derechos fundamentales, en su conjunto, constituyen, como tantas veces se ha dicho aquí, ni más ni menos, el orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico peruano”¹⁰⁴. Así, se puede concluir que la libertad de contratación en materia laboral, correctamente ejercida, supone que en toda relación contractual se respeten los derechos fundamentales del trabajador, tanto al inicio, durante y con mayor razón al finalizar la misma.

¹⁰² CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Derechos fundamentales y procesos constitucionales (...)*, ob. cit., p. 67.

¹⁰³ Ibidem.

¹⁰⁴ STC Exp. N° 00858-2003-AA/TC, F.J. 22.

Por tanto, corresponderá ahora analizar cómo se aplicarían los derechos fundamentales: libertad de contratación y el derecho al trabajo debidamente armonizados, a la institución del periodo de prueba contenida en el Artículo 10¹⁰⁵ del Decreto Supremo N° 003-97-TR (27/03/1997), Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral; de modo tal que concordando dichos bienes humanos constitucionalizados, la institución del periodo de prueba, dentro de un contrato laboral, no suponga la vulneración de los derechos fundamentales de la trabajadora gestante (derecho al trabajo, en su dimensión de libertad y en su dimensión prestacional).

Siendo así, un correcto ejercicio del derecho a la libertad de contratación, en su modalidad de libertad contractual, impondrá que, la única causal por la que el empleador puede disponer la no superación del periodo de prueba, es que el perfil de la trabajadora gestante no sea el correcto para el puesto de trabajo, es decir, que su desempeño no colme las expectativas para el correcto funcionamiento del área al que fue destacada, o pueda, con su negligencia, ocasionar perjuicios económicos en contra del empleador.

Acorde con ello, la no superación del periodo de prueba, como expresión del derecho a la libertad de contratación en su modalidad de libertad contractual, no puede, en ninguna circunstancia, vulnerar derechos fundamentales. Dicho ello, el empleador no puede disponer la no superación del periodo de prueba basado únicamente en motivos relacionados con el estado gestante de la trabajadora, ya que representaría una extralimitación a la libertad de contratación, dejaría sin contenido la naturaleza del periodo de prueba (periodo de adecuación y evaluación de idoneidad al puesto de labores), supondría una contravención manifiesta del derecho al trabajo en su dimensión prestacional, específicamente en su componente de permanencia en el empleo, y configuraría una violación al mandato constitucional del principio de igualdad.

En resumen, un ejercicio debido del derecho a la libertad de contratación implicaría que el empleador deba demostrar que la no superación del periodo de prueba obedeció a la especial condición de madre gestante que tiene la trabajadora,

¹⁰⁵ Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado con Decreto Supremo N° 003-97-TR (27/03/1997):

Art. 10.- Periodo de prueba. El periodo de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario.

sino que independientemente de dicha condición, la causal de extinción del contrato laboral necesariamente debe obedecer a que la empleada, por su perfil profesional u ocupacional y desempeño, no resultó idónea para el puesto de trabajo, en la medida que con ello se estaría respetando la legítima naturaleza de la institución de dicho periodo, la misma que correctamente aplicada demanda una inversión de la carga de prueba para el empleador, quien tendrá la obligación de justificar que la no superación del periodo de prueba no se corresponde a una situación discriminatoria, sino a la existencia de razones objetivas.

2.3. El llamado hacia una reforzada protección de la madre gestante durante el periodo de prueba

2.3.1. Especial vulnerabilidad del derecho al trabajo de la madre gestante durante el periodo de prueba

Como se había expresado previamente, “la discriminación contra la mujer es un fenómeno social que aún pervive en las sociedades, lo cual genera una vulneración del derecho a la igualdad sin sufrir discriminación por ninguna razón, motivo o circunstancia. En lo que al caso incumbe cabe enfatizar que la discriminación basada en el sexo constituye una forma de violencia contra la mujer que vulnera el derecho a la integridad; y que, sin duda, la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer es un asunto de trascendencia social así como una obligación internacional del Estado”¹⁰⁶.

Así, existirá “discriminación cuando, arbitrariamente, se efectúa una distinción, exclusión o restricción que afecta el derecho igualitario que tiene toda persona a la protección de las leyes, así como cuando injustificadamente, se le afecta a una persona, o grupo de personas o una comunidad el ejercicio de alguna de las libertades fundamentales, expresadas por la Constitución Nacional, por razones de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o de cualquier, orden, sexo, posición económica o social, u otra de cualquier naturaleza posible”¹⁰⁷. Siendo que, en nuestro sistema laboral, la referida discriminación muestra, con una mayor contundencia, todos sus efectos nocivos, cuando se tiene en frente a un mujer gestante, dando

¹⁰⁶ STC Exp. N° 05652-2007-AA/TC, F.J. 9.

¹⁰⁷ MARTÍNEZ VIVOT, Julio J, *Discriminación laboral: despido discriminatorio*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2000, p. 27.

cabida a tratamientos dispares que muchas veces pueden presentarse disfrazados de posibles conductas sujetas a Ley, pero que sin embargo encubren verdaderas expresiones de discriminación que acaban por degradar la dignidad de las mujeres trabajadoras y por trasgredir el contenido constitucional del derecho al trabajo en su dimensión prestacional de permanencia en el empleo.

Por ello, es que el Artículo 11, numeral 1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer ha establecido la siguiente obligación a cargo del Estado:

“1. Los Estados adoptarán las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo con el fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombre y mujeres los mismos derechos, en particular: a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano; b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo y c) El derecho a elegir libremente profesión o empleo, el derecho al ascenso, la estabilidad en el empleo y en todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho al acceso a la formación profesional y al adiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico”, pues en ello radicará el contenido del derecho al trabajo que se busca tutelar.

En este orden de ideas, es palpable y fácilmente comprensible que, la mujer como parte de la relación laboral resulta especialmente vulnerable a cualquier conducta discriminatoria por parte de su empleador, ya sea por actos de hostigamiento sexual, por impedimentos de ascensos laborales, por diferenciación inmotivada de remuneraciones respecto de los hombres, por conductas relacionadas a la represión en el otorgamiento del descanso pre y pos natal, por negativa al subsidio por lactancia o ya sea por actos vinculados al condicionamiento de su permanencia o acceso al empleo en su condición de mujer gestante.

Así, dentro de nuestra práctica laboral privada, es harto conocido que al interior de una relación laboral, específicamente durante el periodo de prueba, muchos empleadores suelen, una vez informados del estado de gravidez de la madre gestante, optar por resolver el contrato de trabajo aduciendo la no superación del periodo de prueba, aprovechándose de no tener la obligación de exponer causal alguna, es decir que, partiendo de dicho entender, una incorrecta aplicación de la institución del

periodo de prueba dentro de la relación laboral puede llegar a permitir que existan múltiples desvinculaciones laborales basadas en la causal encubierta de discriminación por motivo de estado de gestación de las mujeres, lo cual vacía el contenido del derecho al trabajo, en su dimensión prestacional de permanencia en el empleo y resquebraja el principio de igualdad.

Visto ello y como se justificará en el desarrollo del presente Trabajo de Investigación, existe la necesidad de instaurar una protección reforzada a favor de la trabajadora gestante cuando se encuentra inmersa en el periodo de prueba dentro de una relación laboral. Y es que, “durante el período de prueba la trabajadora embarazada no puede ver resuelto su contrato por razón de su embarazo, porque tal extinción supondría una discriminación por razón de sexo constitucionalmente prohibida. Pero lo anterior no significa que toda resolución del contrato de una trabajadora embarazada durante dicho período de prueba haya de calificarse como nula si no existen indicios de discriminación o si, existiendo, la empresa acredita que el cese se produjo por causas razonables y justificadas”¹⁰⁸.

Lo antes mencionado nos compele a reconocer que la correcta aplicación del periodo de prueba en una relación laboral, da pie y establecer parámetros fijos para excluir que, con motivo de dicho periodo, se puedan cometer actos de discriminación en contra de una mujer en estado de gestación, es decir, que en un plano de respeto y promoción de la dignidad humana como valor de la persona, se hace necesario reconocer primero, que la trabajadora gestante durante el periodo de prueba es un sujeto especialmente vulnerable en tanto el Artículo 10 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral no ha conferido un tratamiento especial o una protección reforzada para ésta, en armonía con el componente de permanencia en el empleo, propio de la dimensión prestacional del contenido constitucional del derecho al trabajo, por lo que ha dejado abierta la posibilidad de que el empleador extinga el contrato laboral amparándose en decisiones discriminatorias y no estrictamente al desempeño de la trabajadora y a los estándares funcionales de adecuación al cargo.

¹⁰⁸ QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., “Extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba y lesión de derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Núm. 164, Pamplona, 2014, p. 341.

2.3.2. Adecuado ejercicio de la libertad de contratación del empleador y el deber de motivar la causa de no superación de periodo de prueba de la madre gestante

El contenido constitucional del derecho a la libertad de contratación aplicado a la existencia de una relación laboral conferirá al empleador, como parte de la relación contractual, no solo la potestad de determinar el contenido del contrato y sus efectos resolutorios (libertad contractual), sino también le impondrá la obligación de respetar las normas de orden público y, de modo general, la ley. Por ende, el empleador se encontrará obligado a respetar durante toda la relación laboral los derechos fundamentales de la persona como expresión de su dignidad humana, como lo es el derecho al trabajo.

Ahora bien, si el periodo de prueba como parte de la relación laboral puede ser definido como un lapso de tiempo en el cual el empleador evalúa las capacidades y el perfil profesional del trabajador en general, y en particular de la trabajadora gestante con la finalidad de comprobar si resulta ser un personal idóneo para las funciones que se desprenden del puesto de labores en la estructura organizacional de la empresa; la causal correcta y única que obligaría al empleador a determinar que ésta no ha llegado a superar dicho periodo sería, que sus competencias no sean las correctas para el puesto de labores, es decir, que se dispondrá la no superación del periodo de prueba si con hechos o documentos precisos se logró determinar que la trabajadora gestante no desempeñó adecuadamente el puesto dentro de la empresa, o no desempeñó correctamente las funciones del puesto durante tal periodo.

Entonces, la libertad de contratación del empleador dentro de una relación laboral le otorgará a éste la potestad de resolver el contrato de la trabajadora gestante, en cualquier momento de la relación, con arreglo a ley. Siendo así, dicho derecho, correctamente aplicado, exigirá al empleador que, en el periodo de prueba, como estadio de la relación laboral, pueda resolver el contrato laboral respetando necesariamente la ley, es decir, que durante dicha fase, el empleador solo podrá resolver el contrato de la trabajadora gestante, si ésta no desempeñó el cargo o puesto de labores con la diligencia debida, mas no podrá extinguir la relación laboral vulnerando la ley o actuando en contravención de la misma. Por ello, se puede inferir que al empleador, le viene ordenado que no resuelva el contrato laboral de una

trabajadora gestante basándose en un acto discriminatorio, pues ello resultaría una medida que vulnera la ley al trasgredir el derecho a la igualdad y no discriminación.

Consecuentemente, existe razón al señalar que la decisión del empleador, en su condición de “desistimiento durante el periodo de prueba consistente en la innecesariedad de que la extinción contractual tenga que motivarse, está limitada por la protección de los derechos fundamentales. En este sentido, el desistimiento durante el periodo de prueba sea cual sea la causa o siendo esta última inexistente, nunca podrá lesionar derecho fundamental alguno”¹⁰⁹. Con ello se sugiere que en el periodo de prueba de la relación laboral los derechos fundamentales, como bienes humanos constitucionalizados, que dimanen de la dignidad humana, como valor de la persona, exigen su vigencia, así como también lo exigirá la aplicación del principio de igualdad y no discriminación, más aún porque dicho principio permite la existencia de una relación laboral justa, ya que durante esta se gestan efectos jurídicos que repercuten y modifican la situación de la persona.

Bien vistas las cosas, “ninguna extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba puede tener por causa o motivo una circunstancia discriminatoria o vulneradora de un derecho fundamental, no sólo en aquellos supuestos en que expresamente así sea alegada por el empresario, lo que es naturalmente improbable por lo que supondría de burdo ataque a un derecho constitucionalmente protegido, sino también cuando alegando causa aparentemente “neutral” se esconda una verdadera vulneración de un derecho fundamental”¹¹⁰.

Siendo así, si el empleador quiere hacer uso adecuado de su derecho a la libertad de contratación deberá, ya sea durante el proceso de selección, durante la relación laboral e incluso al finalizar la misma, ordenar su comportamiento conforme a ley y a las rectas exigencias de justicia que deparan la eliminación de la discriminación y por ende deberá respetar el contenido del derecho al trabajo. En este orden de ideas, si durante el periodo de prueba el empleador pretende determinar que una trabajadora gestante no es el personal adecuado para el puesto de labores, deberá cerciorarse que la razón que lo conlleva a finalizar el vínculo laboral en esta etapa no obedezcan al estado de gravidez de la mujer, sino a factores objetivos relacionados

¹⁰⁹ QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., “Extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba y lesión de derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, ob. cit., p. 336.

¹¹⁰ PIQUERAS PIQUERAS, María del Carmen, *La extinción del contrato durante el período de prueba como despido*, ob. cit., pp. 38-39.

con su capacidad laboral y su perfil profesional respecto del desarrollo del puesto de labores, es decir, deberá motivar adecuadamente dicha causal para que no exista duda que la extinción del contrato obedeció a razones objetivas y no a cuestiones asociadas a la discriminación.

En resumen, para que exista armonía entre el derecho al trabajo y el derecho a la libertad de contratación, debe existir cohesión entre dos factores bien definidos; primero, que la trabajadora gestante sepa que no superó el periodo de prueba en la relación laboral debido a que su perfil y capacidades no son las idóneas para el cargo o puesto de labores en la empresa, ello con sujeción al componente de permanencia en el empleo propio de la dimensión prestacional del derecho al trabajo, y segundo, que el empleador, en ejercicio de su libertad de contratación, haya determinado la no superación del periodo de prueba, con razones objetivas debidamente motivadas en aspectos profesionales, de experiencia y desempeño de la trabajadora, y no limitándose a emitir una decisión carente de razones, impulsada tácitamente en aspectos de discriminación hacia la mujer por su estado de gravidez.

2.3.3. Protección de la madre gestante: necesidad de implementar un debido procedimiento que garantice su defensa frente a actuaciones discriminatorias durante el periodo de prueba

Ante el contexto de especial vulnerabilidad de la trabajadora gestante durante el periodo de prueba de la relación laboral y considerando que, “la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado”¹¹¹, se hace necesaria la implementación de una protección reforzada en favor de la trabajadora gestante con miras a salvaguardar el contenido constitucional de su derecho al trabajo.

¹¹¹ STC 17/2003 del Tribunal Constitucional de España, de 30 de enero, F.J. 3.

Para lograr tal protección, primero debe reconocerse la importancia de que “la mujer embarazada no sea excluida o disuadida de aspirar a un empleo u obstaculizada en su promoción profesional. Consideramos que debería calificarse como una discriminación directa tanto el despido por razón del embarazo como la negativa a contratar a una mujer embarazada cuando se acredite el estado de la trabajadora y el empresario no haya probado la causa justa que justifique su despido”¹¹². De modo que “la protección a la maternidad o la prohibición de discriminación por razón de ella se extiende tanto al acceso al empleo como la permanencia en este, así como a los actos peyorativos o los que, sin que tengan esa intencionalidad, resulten objetivamente discriminatorios”¹¹³.

En este sentido, debemos afirmar que, la facultad y derecho que confiere la institución del periodo de prueba al empleador para disponer la extinción del vínculo laboral de una trabajadora gestante sin expresión de causa, necesita ser replanteada; en el sentido que dicha facultad debe ser ejercida en armonía con el contenido del derecho al trabajo, esto es, que de acuerdo con la esencia misma del periodo de prueba, si el empleador pretende disponer la no superación de dicho periodo, teniendo conocimiento del estado de la trabajadora, deberá imponérsele a éste la obligación excepcional de justificar el motivo de dicha decisión, ello con la finalidad de despejar toda presunción de que dicha decisión haya sido tomada, exclusivamente, por razones de discriminación a causa del estado natural de gravidez de la mujer y de esta forma lograr la vigencia de la dignidad humana que caracteriza a la persona como valor supremo de la sociedad y del Estado.

Este condicionamiento en el proceder del empleador ya ha sido abordado por el Tribunal Constitucional peruano, al señalar que “la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de este, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto, sino también se extiende al ámbito estricto del desarrollo y a las vicisitudes de la relación laboral, razón por la cual condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empleador. Por ello, el artículo 23 de la Constitución Política prescribe que el Estado protege especialmente a la madre que trabaja”¹¹⁴. Y es que,

¹¹² PACHECO ZERGA, Luz, “El Despido discriminatorio de una mujer embarazada. La ruta hacia la igualdad de oportunidades”, en *Repositorio Institucional Pirhua*, Universidad de Piura, Lima, 2009, p. 14.

¹¹³ *Idem*, p. 11.

¹¹⁴ STC Exp. N° 05652-2007-AA/TC, F.J. 51.

en justa medida, lo antes expuesto, alude al rol garantista que el Estado debe tener con sujeción y respeto a la dimensión prestacional del contenido del derecho al trabajo, específicamente en su componente de permanencia en el empleo.

Así, la tutela del componente de permanencia en el empleo como parte sustancial de la dimensión prestacional del contenido del derecho al trabajo demanda que durante toda la relación laboral, incluido el periodo de prueba, deba asegurarse que la trabajadora gestante, no pueda ser desvinculada por un hecho discriminatorio, como lo es su estado de gravidez, motivo por el cual, al menos debe garantizarse que, ante la decisión emitida por el empleador (no superación del periodo de prueba), se le confiera la posibilidad de accionar su derecho de defensa en orden a la protección de sus intereses; y ello se podrá lograr, en el plano jurídico, con la implementación de un debido procedimiento en cuyo interin se le otorgue a la trabajadora la potestad de contravenir y defenderse de la decisión emitida por el empleador, que considera discriminatoria.

A partir de lo expuesto precedentemente, se puede afirmar la existencia de un deber adicional a cargo del empleador, para garantizar que la decisión de no superación del periodo de prueba de la madre gestante sea producto de que dicha persona no resulte ser adecuada para el puesto de labores por el desempeño negligente demostrado durante dicho periodo, y no por razones netas de discriminación; resulta también idóneo proponer el establecimiento de algún tipo de procedimiento al que la trabajadora gestante pueda acogerse cuando se considere víctima o se sienta vulnerada en su derecho al trabajo, procedimiento que tenga como finalidad subsecuente garantizar el ejercicio del derecho de defensa de la trabajadora y ofrezca la prerrogativa al empleador de demostrar que su decisión se ajusta a Ley y se basa en razones absolutamente objetivas que despejen cualquier indicio de transgresión a normas de carácter constitucional o de origen natural a la persona humana, como lo es la dignidad humana.

Si consideramos que, ante una situación de tensión, lo ideal es un procedimiento legal que avale el derecho de defensa y pueda hacer “frente a un natural conflicto surgido en el seno de la convivencia social, lo debido a la persona es la superación plena y oportuna del mismo a través del logro de un bien humano que tiene este triple contenido. Este bien humano, por esta razón, bien puede denominarse como proceso debido. Si las controversias no son resueltas con base en

un proceso debido, es decir, al margen o en contra de las exigencias de este bien humano, entonces, se está tratando indignamente a la persona. Así, el proceso y consiguiente decisión serán indignas. Se trata, pues, de una exigencia de justicia que brota de la naturaleza misma de la persona, y que por esa razón bien puede ser tenida como exigencia natural o humana de justicia. Si el derecho tiene que ver con lo debido y, por lo tanto, con lo justo, en este punto existe ya un derecho natural o humano: el derecho al proceso debido. Así queda cumplida la trilogía mencionada anteriormente: necesidad humana-bien humano-derecho humano”¹¹⁵.

Por ende, el establecimiento de un procedimiento debido que permita a la trabajadora gestante accionar su derecho de defensa frente a la decisión del empleador de dar por no superado el periodo de prueba basándose, de forma encubierta, en un factor de discriminación asociado a su estado de gravidez, resulta acorde a la exigencia de respeto a la dignidad humana y por lo tanto logrará satisfacer las anheladas expectativas de justicia y de primacía del principio de igualdad.

Consecuentemente, somos conscientes de que para lograr una adecuada protección a favor de la trabajadora gestante durante el periodo de prueba, no solo bastará con imponer al empleador la carga de justificar adecuadamente la decisión de disponer la no superación del periodo de prueba, como se había mencionado antes, sino que también resultará conveniente establecer la existencia de un procedimiento que otorgue a ambas partes la posibilidad de expresar sus argumentos de defensa que respalden su posición y garanticen la existencia de una decisión realmente justa, que se decante con la armonía del derecho al trabajo en su dimensión prestacional (componente de permanencia en el empleo) y del derecho a la libre contratación.

Siendo así, creemos que un procedimiento regular que puede ofrecer protección adecuada a la trabajadora gestante frente a actuaciones discriminatorias del empleador podría ser uno similar al que se encuentra contemplado en el artículo 31 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado mediante el Decreto Supremo N° 003-97-TR (27/03/1997), el cual es empleado para justificar despidos después de alcanzada su protección; ello en la medida que su estructura permite la expresión del derecho de

¹¹⁵ CASTILLO CÓRDOVA, Luis “Debido proceso y tutela jurisdiccional”, en GUTIERREZ CAMACHO, Walter (Editor), *La Constitución comentada*. Tomo III, 2° edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 59.

defensa de ambas partes en el conflicto. Por lo tanto, dicho procedimiento puede ser asimilado a la protección reforzada propuesta para lograr la vigencia del derecho al trabajo de la trabajadora gestante durante el periodo de prueba.

En resumen, la trabajadora gestante, de considerarse vulnerada en su derecho al trabajo (permanencia en el empleo), al haber recibido la carta de no superación del periodo de prueba sin expresión de causa o cuando éstas resulten insuficientes o aparentes, tendrá el derecho de ofrecer al empleador, en un plazo prudencial de 6 días, sus descargos argumentando que su desempeño fue el correcto y adecuado al puesto, mientras que luego de expuestos los referidos descargos, el empleador emitirá una decisión final rectificando la decisión o ratificando la misma, siendo que en este último caso, deberá haber ofrecido los medios probatorios o antecedentes idóneos que permitan dilucidar que la trabajadora gestante, pese a encontrarse en estado de gravidez, no era la persona adecuada para ocupar dicho puesto en la unidad empresarial, por su desempeño deficiente.

2.3.4. El despido nulo como consecuencia del acto discriminatorio del empleador durante el periodo de prueba

Como premisa normativa debemos señalar que el artículo 48 de nuestra Constitución Política del Perú, señala expresamente que: “El Estado reconoce el derecho a la estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada”, de lo cual se desprende al menos dos normas, la primera: “Está ordenado reconocer el derecho a la estabilidad en el trabajo” y la segunda: “Está permitido despedir al trabajador solo por causa justa señalada por ley y debidamente comprobada”, por lo que, a la luz de dichas normas, resulta fácilmente comprensible que el vínculo laboral únicamente podrá ser resuelto cuando concurra alguna causal establecida por ley y siempre que este comprobada, ello en la medida que se ha reconocido a la persona el derecho a la estabilidad laboral.

Sin embargo, dicha protección se aplica únicamente al término del periodo de prueba, por lo que corresponde preguntarse: ¿Existe protección a favor de la trabajadora gestante contra el despido durante el periodo de prueba? ¿Corresponde permitir que el empleador extinga la relación laboral con la trabajadora gestante por

su estado de gravidez? Y finalmente, ¿sería viable otorgar, durante el periodo de prueba, protección contra el despido a la trabajadora gestante?

Para responder a dichas interrogantes debe comenzarse por analizar que, del artículo 10 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado mediante el Decreto Supremo N° 003-97-TR (27/03/1997), brota la norma N10: “Está ordenado otorgar al trabajador protección contra el despido arbitrario una vez superado el periodo de prueba”, consecuentemente, respecto de la primera interrogante se puede decir que, ningún trabajador, incluida la trabajadora gestante, se encuentra protegido durante el periodo de prueba contra el despido arbitrario, entendido en sentido estricto, por lo que el empleador tiene la potestad de extinguir la relación laboral de la trabajadora gestante sin justificación alguna. No obstante subyace la interrogante: ¿Es correcto permitir que el empleador disuelva el vínculo laboral de una trabajadora por el hecho que se encuentre gestando?

Respecto de ello, corresponde enfatizar que, como ya hemos mencionado, la persona humana viene definida por su dignidad, la cual como valor dimana de la naturaleza y califica a la persona como el valor supremo del Estado y de la Sociedad, entonces, todo el ordenamiento jurídico se encontrará al servicio de la persona humana y por ello le permitirá alcanzar la satisfacción de sus necesidades.

Así se puede inferir, como respuesta a la segunda interrogante, que no podrá concebirse norma alguna que, en su tenor ni en su interpretación, impida la realización de la persona humana, no podrá existir norma dentro del ordenamiento jurídico que vulnere derechos fundamentales, puesto que ello representaría no solo una agresión directa a la Constitución, sino que, primordialmente, representaría un acto indigno contra la persona como fin supremo. Por ende, el hecho que se permita al empleador extinguir la relación laboral de la trabajadora gestante durante el periodo de prueba constituiría una medida que defrauda la dimensión prestacional del contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo en su componente de permanencia en el empleo, en el entendido que condicionaría la subsistencia de la relación laboral al estado de gravidez y afectaría el principio de igualdad y no discriminación.

En el derecho comparado diversos Tribunales se han pronunciado respecto de la agresión que supone la extinción de la relación laboral durante el periodo de

prueba. Así, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha establecido que: “El período de prueba es una institución que permite a cualquiera de las partes que intervienen en el contrato de trabajo rescindir unilateralmente el mismo, por su sola y exclusiva voluntad, sin necesidad de cumplir ninguna exigencia especial al respecto, bastando con que el período de prueba esté todavía vigente y que el empresario o el empleado extinga la relación laboral, sin que sea preciso para ello llevar a cabo ninguna clase especial de comunicación, ni especificar la causa que ha determinado tal decisión finalizadora, pues su motivación es meramente subjetiva de quien la adoptó, *salvo que la decisión esté motivada por razón discriminatoria que viole el artículo 14 CE o vulnere cualquier otro derecho fundamental* (entre otras, sentencias del TS de 6 de febrero de 2009, recurso n.º 665/2008, y sentencia de 14 de mayo de 2009, recurso n.º 1097/2008)”¹¹⁶.

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional español tiene dicho que: “El examen de la normativa que, ex art. 10.2 CE, sirve de fuente interpretativa del art. 14 CE corrobora la amplitud de esa protección, como recordábamos en nuestra reciente STC 41/2002, de 25 de febrero. En efecto, el art. 5 d) del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la terminación de la relación de trabajo, de 1982, señala que el embarazo no constituirá causa justificada para la resolución de la relación de trabajo. El Ordenamiento comunitario recoge soluciones análogas. De la Directiva 76/207/CEE se desprende que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo (SSTJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto Hertz, y de 14 de julio de 1994, asunto Webb), aunque no se haya producido la comunicación expresa al empresario del estado de gestación (STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto Tele Danmark). La protección de esa Directiva frente a perjuicios causados por razón de embarazo incluye, como es sabido, otras muchas situaciones aunque tengan menor conexión con el caso que ahora analizamos”¹¹⁷.

Por ejemplo, dice el mencionado Tribunal, “protege frente a extinciones por ausencias debidas a una incapacidad laboral motivada por los trastornos relacionados con su embarazo (STJCE de 30 de junio de 1998, asunto Brown); ampara a la empleada, siempre que aquél sea el fundamento extintivo, ya sea temporal o

¹¹⁶ STC 61/2009 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 10 de noviembre, F.J. 3 (negrita y cursiva es nuestro).

¹¹⁷ STC 17/2003, de 30 de enero, F.J. 3.

indefinido el contrato (STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto Tele Danmark); prohíbe la no contratación debida al embarazo (STJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto Dekker) o la no renovación por esa causa (STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto Jiménez Melgar), incluso cuando el estado de gestación impida ocupar desde el primer momento el puesto de trabajo (STJCE de 3 de febrero de 2000, asunto Mahlburg), y determina que será igualmente discriminatoria la ruptura del contrato fundada en el hecho de que una prohibición legal, impuesta por causa del embarazo, impida temporalmente a la trabajadora desempeñar un trabajo (respecto del trabajo nocturno, STJCE de 5 de mayo de 1994, asunto Habermann- Beltermann)¹¹⁸.

Además, la propia Constitución Española en su artículo 14 establece que “*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”. Por ende, continuando con dicho razonamiento, la resolución del contrato laboral durante el período de prueba debido, en forma exclusiva, al embarazo, constituye una vulneración al derecho de igualdad y al principio de no discriminación por razón de sexo previsto en el referido artículo, ya que el estado de embarazo constituye un elemento diferencial que se irroga de forma exclusiva a las mujeres y que por ende exige una especial protección.

Incluso, desde la doctrina, MARTINEZ VIVOT afirma que “si la trabajadora entiende que el empleador puso fin al régimen de prueba, conforme a su legal derecho, sin expresar causa, pero componiendo un acto discriminatorio, por tener conocimiento que la aspirante a empleada estaba embarazada, y lo hace por tal, y no por otra circunstancia, puede promover la acción prevista en la ley citada¹¹⁹, de lo cual se infiere que bajo ningún sentido se puede llegar a admitir que el empleador, bajo el respaldo del supuesto del periodo de prueba en la relación laboral, cometa actos discriminatorios orientados a segregar de un puesto de labores a las mujeres por su solo estado de gravidez, ya que con ello se resquebraja la dignidad humana, se transgrede el principio a la igualdad de derechos que le asiste a todas las personas en un Estado democrático de derecho y se vulnera el derecho al trabajo como derecho fundamental de toda persona, en su contenido constitucional que implica la dimensión de libertad y la dimensión prestacional.

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ MARTÍNEZ VIVOT, Julio J, *Discriminación laboral: despido discriminatorio*, ob. cit., p. 102.

Dicho ello, ahora corresponde plantear la siguiente interrogante: ¿Qué mecanismo de protección se puede plantear para lograr la protección de la trabajadora gestante durante el periodo de prueba frente al acto discriminatorio del empleador orientado a extinguir la relación laboral?

Para resolver la interrogante planteada y también a la tercera pregunta formulada en los párrafos *up supra*, se tiene que partir de la premisa de que nuestra Constitución ha reconocido en su Artículo 27 la siguiente norma N27: “Está ordenado otorgar al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”, es decir, que al ser la no superación del periodo de prueba por causa de embarazo de la trabajadora, un acto que vulnera la dimensión prestacional del contenido constitucional del derecho al trabajo en su componente de permanencia en el empleo, y por ende, en dicha medida, un despido encubierto, la protección óptima contra tal acto se podrá lograr recurriendo a la institución del despido, más aún porque, como se abordará más adelante, dicho acto surge de la sola voluntad del empleador (como lo es la decisión de dar por no superado el periodo de prueba) y tiene por única finalidad poner fin a la relación jurídica laboral con la trabajadora.

Habiéndose propuesto al despido como acción idónea para que la trabajadora gestante impugne la decisión del empleador que extinguió su relación laboral durante el periodo de prueba, corresponderá a continuación evaluar qué tipo de despido resulta acorde para dicha tutela, especificando, si el mismo se encuentra asociado al despido arbitrario que se encuentra previsto en nuestra Constitución y en la ley de la materia.

La protección que la ley y la Constitución han conferido a través del despido arbitrario, hace referencia a una definición extensiva de despido, es decir, que se otorgó dicha protección estimando al despido arbitrario como un despido genérico, sin embargo con el devenir del desarrollo jurisprudencial se han implementado, con pronunciamientos como el contenido en el Expediente N° 00976-2001-AA/TC (Caso Eusebio Llanos Huasco), diversas modalidades de despido, dependiendo de cómo este se ha haya producido.

El Tribunal Constitucional peruano ha reconocido modalidades de despido, como son: el despido nulo, el despido incausado y el despido fraudulento, cuando éste “se haya producido de manera **nula** (aquellos casos que tienen como origen la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, estado civil o de

cualquier otra índole, o los producidos con motivo del embarazo, o por la condición de afiliado o representante de un sindicato), **incausada** (despido producido de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresión de causa alguna relacionada con la conducta o el desempeño laboral del trabajador que la justifique) o **fraudulenta** (se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente)”¹²⁰. No obstante, el despido que se condice con la finalidad propuesta: “defender a la trabajadora gestante durante el periodo de prueba”, será el despido nulo.

Por lo tanto, considerando que nos encontramos ante una vulneración de la dimensión prestacional del contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo en su componente de permanencia en el empleo resulta adecuado el despido nulo, cuya definición se ha visto contenida en el STC Exp. N° 00976-2001-AA/TC, de cuyo fundamento 20, a decir de Castillo Córdova, se puede desprender la siguiente norma N20: “Está ordenado tener como nulo el despido que se produce con violación de los derechos fundamentales de la persona, reconocidos por la Constitución o los tratados relativos a la promoción, defensa y protección de los derechos humanos”¹²¹.

Y es que, el despido nulo “es entendido como aquel despido que vulnera o afecta derechos fundamentales y es en esa medida (que afecta derechos primarios constitucionales) que la afectación es superior y requiere de una protección mayor, traducida esta en la reposición del trabajador. La intensidad de la tutela jurisdiccional es superior en el caso del despido nulo (tutela ‘restitutoria’ ya que restituye al trabajador a su puesto de trabajo) a diferencia del despido arbitrario (tutela ‘resarcitoria’ ya que resarce mediante una suma de dinero)”¹²².

En resumen, el hecho que el empleador disponga la no superación del periodo de prueba respecto de una trabajadora en estado de gestación, sin haber satisfecho la obligación excepcional de justificar los motivos para determinar que dicha trabajadora no resultó ser la idónea en el desempeño del puesto de labores, o que dichos motivos solo sean aparentes, implicará, como presunción, que la extinción del contrato de trabajo se produjo como resultado de la vulneración del contenido constitucional del derecho al trabajo en su dimensión prestacional (componente de

¹²⁰ STC Exp. N° 02563-2012-AA/TC, F.J. 3.3.1.

¹²¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Derecho al trabajo y proceso de amparo*, ob. cit., p. 218.

¹²² ALVA CANALES, Armando Alfonso, *Despido laboral: nuevos criterios jurisprudenciales*, Lima, Gaceta Jurídica, 2016, p. 17.

permanencia en el empleo) por discriminación con motivo del embarazo y por ende deparará para su titular la potestad de solicitar el resarcimiento o la restitución de su derecho, invocando el despido nulo.

Por dichas consideraciones, no nos parece correcta la posición esgrimida por el Tribunal Constitucional peruano, cuando manifiesta que, “es necesario determinar si la actora superó el periodo de prueba pactado y sí, por ende, alcanzó la protección contra el despido arbitrario, pues obviamente carecería de sentido analizar si se produjo el alegado despido si antes la actora no tenía protección contra el despido arbitrario”¹²³, ya que la protección reforzada por despido en su modalidad de despido nulo debe irradiarse también al periodo de prueba dentro de la relación laboral, ya que de lo contrario traería consigo el riesgo de vulneración del derecho al trabajo de la mujer gestante durante el periodo de prueba en una relación laboral, pues se permitiría a los empleadores legitimar evidentes actos discriminatorios.

2.4. Hacia una solución que garantice el derecho al trabajo de la madre gestante durante el periodo de prueba

Bien vistas las cosas, la trabajadora gestante, por su especial y vulnerable posición dentro de la relación laboral, le asiste una protección reforzada cuando se encuentra inmersa en el periodo de prueba, la cual se logrará extendiendo la protección contra el despido prevista en el Artículo 27 de la Constitución Política del Perú y el artículo 10 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado mediante el Decreto Supremo N° 003-97-TR (27/03/1997), al periodo de prueba, calificando como nula la extinción del vínculo laboral por despido, que se materializa durante el periodo de prueba por haber sido fruto de un acto discriminatorio contra la trabajadora gestante.

Una solución que garantizará la dimensión prestacional del contenido constitucional del derecho al trabajo en su componente de permanencia en el empleo pasará primero, por imponer al empleador la obligación excepcional de justificar y/o motivar las razones que lo obligan a disponer la no superación del periodo de prueba de la trabajadora gestante, con la finalidad de disipar todo tipo de dudas que impliquen considerar que dicha decisión fue tomada únicamente para vulnerar el derecho al trabajo de la empleada y desvincularla de la relación laboral a sabiendas

¹²³ STC Exp. N° 02456-2012-AA/TC, F.J. 3.3.2.

de su especial estado y muy a pesar de que su desempeño, durante el periodo de prueba, fue el adecuado para el puesto de labores que ocupaba en la empresa.

Asimismo, otro criterio a tener en cuenta en esta protección reforzada, y que ya ha sido propuesto, es la necesidad de que exista un procedimiento análogo al procedimiento de despido regulado en el artículo 31 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado mediante el Decreto Supremo N° 003-97-TR (27/03/1997), que permita tanto a la mujer embarazada invocar su derecho al trabajo, a través de la acreditación de su correcto desempeño durante el periodo de prueba y por ende la necesidad de la superación del mismo y la continuidad en la empresa; como al empleador, la potestad de justificar que el ejercicio de su derecho a la libertad de contratación de personal resultó el adecuado, en tanto demostró concretamente que la mujer en estado de gestación no era el personal idóneo para el puesto, no por su estado de gravidez, sino porque su desempeño no fue el correcto para el puesto de labores o por la comisión de alguna negligencia en la ejecución de sus funciones.

Consecuentemente, desde nuestro punto de vista, si no se satisfacen estas exigencias (motivación en la decisión de determinar la no superación del periodo de prueba y la observancia de un procedimiento regular que permita a la trabajadora invocar correctamente su derecho al trabajo), nos encontraremos ante un despido injustificado, estrictamente ante un despido nulo, en la medida que, como lo ha referido el argentino MARTINEZ VIVOT “si la trabajadora entiende que el empleador puso fin al régimen de prueba, conforme a su legal derecho, sin expresar causa, pero componiendo un acto discriminatorio, por tener conocimiento que la aspirante a empleada estaba embarazada, y lo hace por tal, y no por otra circunstancia, puede promover la acción prevista en la ley citada”¹²⁴.

Así con sujeción a sendas resoluciones del Tribunal Constitucional Español y el de Galicia, mencionadas anteriormente, se tiene por sustentado que, de no existir causa para resolver el contrato de trabajo en cualquier momento del mismo, incluido durante la fase del periodo de prueba, se estará ante un supuesto de despido por vulneración del derecho fundamental de la trabajadora gestante, específicamente del derecho al trabajo en su dimensión prestacional de permanencia en el empleo.

¹²⁴ MARTÍNEZ VIVOT, Julio J, *Discriminación laboral: despido discriminatorio*, ob. cit., p. 102.

Será justamente dicha acción de despido nulo la que hará factible la protección de la dimensión prestacional del contenido constitucional del derecho al trabajo en su componente de permanencia en el empleo de la trabajadora gestante, e incluso, como se anticipará más adelante, por el efecto mismo de la acción permitirá que la trabajadora pueda ser reincorporada en el puesto de labores resarciéndose de esta forma el derecho conculcado.

De esta forma, tomando en consideración los argumentos antes expuestos, se puede dar respuesta en sentido negativo al problema jurídico ¿es constitucionalmente válido que el empleador, en virtud de su facultad discrecional, disponga la extinción del contrato laboral de una trabajadora gestante durante el periodo de prueba, sin expresar justificación legal alguna?, ya que la única forma de que el Artículo 10 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral sea válido material y formalmente, es que con sujeción al respeto de la dignidad humana y a la luz de las exigencias reconocidas en la Constitución, se le confiera a la trabajadora gestante la posibilidad de accionar el despido nulo cuando vea resuelto su contrato de trabajo durante el periodo de prueba a causa de un factor discriminatorio asociado a su estado de gravidez (discriminación encubierta) y se le permita retornar a su puesto de labores, caso contrario el artículo bajo mención tendría que ser excluido del ordenamiento jurídico por ser materialmente inconstitucional.

Capítulo 3

Despido justificado frente a la actuación arbitraria del empleador que vulnera derechos fundamentales: despido nulo contra la madre gestante durante el periodo de prueba

3.1. Regulación positiva del despido justificado en el ordenamiento nacional

Habiendo justificado en el capítulo precedente, la posibilidad de conferir a la trabajadora gestante la protección reforzada contra el despido nulo durante el periodo de prueba de la relación laboral, por resultar esta medida, acorde a la dimensión prestacional del contenido constitucional del derecho al trabajo en su componente de permanencia en el empleo, corresponderá ahora estudiar el despido, su procedimiento y causales, con especial incidencia en el despido nulo y la necesidad de interpretar la normativa laboral vigente, de tal forma que permita hacer viable la protección reforzada en favor de la trabajadora gestante.

Nuestra Constitución Política establece en su Artículo 27, la existencia de una adecuada protección contra el despido arbitrario como una garantía orientada a limitar la capacidad que tiene el empleador de extinguir el contrato de trabajo. En la doctrina se tiene establecido tres regímenes de estabilidad laboral, pudiéndose optar por “un régimen de estabilidad laboral absoluta, en el que se reconoce al trabajador injustificadamente despedido el derecho a la reposición, por un régimen de estabilidad laboral relativa, en el que se le reconoce solo el derecho a una indemnización, o por una mixto, con reposición para algunos casos e indemnización para otros. Este último es el que tenemos en el Perú, creado en parte por la ley, y en parte por sentencias del Tribunal Constitucional: reposición en el despido nulo, incausado y fraudulento e indemnización en el injustificado”¹²⁵.

La estabilidad laboral dimana de la dimensión prestacional del contenido constitucional del derecho al trabajo, específicamente, en su componente de permanencia en el empleo, y en atención a ello exige que todo trabajador no sea o no pueda ser despedido sin que exista una causal vinculada a su conducta o capacidad que lo amerite, pues de lo contrario, se estaría ante un supuesto de despido injustificado sancionado por nuestro ordenamiento jurídico, al limitar un derecho fundamental que depara a su titular posibilidades de progreso para que pueda alcanzar la satisfacción de sus necesidades.

¹²⁵ NEVES MUJICA, Javier, “Protección contra el despido arbitrario”, en GUTIERREZ CAMACHO, Walter (Editor), *La Constitución comentada*. Tomo I, 2° edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 758.

Sin embargo, pese a que existe protección contra el despido, también se debe decir que existirán situaciones en las que resulte razonable y justo despedir a una persona, por ello, nuestra legislación nacional ha previsto y regulado la institución del despido justificado en los artículos 22, 23, 24 y 25 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado mediante el Decreto Supremo N° 003-97-TR (27/03/1997), otorgándole al empleador la facultad de extinguir el contrato de trabajo cuando concurran causas justas de despido relacionadas a la capacidad o con la conducta del trabajador, siendo que para dicha finalidad el empleador deberá seguir un procedimiento regular que ofrezca al trabajador la posibilidad de ejercer su derecho de defensa y contravenir las afirmaciones imputadas en el procedimiento de despido, con miras a hacer valer el contenido constitucional de su derecho al trabajo.

Así, desde el artículo 23 del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado mediante el Decreto Supremo N° 003-97-TR (27/03/1997) se ha contemplado la posibilidad de que el empleador pueda poner fin al contrato de trabajo cuando logre demostrar que existen causas justas relacionadas con la capacidad del trabajador, tales como:

1. Deficiencias físicas, intelectuales, mentales, sensoriales sobrevenidas cuando, realizados los ajustes razonables correspondientes, impiden el desempeño de sus tareas, siempre que no exista un puesto vacante al que el trabajador pueda ser transferido y que no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros.
2. El rendimiento deficiente en relación a la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares.
3. La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes.

Por otro lado, desde el artículo 24 del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado mediante el Decreto Supremo N° 003-97-TR (27/03/1997), la Ley también ha conferido dicha facultad de despido justificado cuando concurran causas justas relacionadas con la conducta del trabajador, como son:

1. La comisión de falta grave (las mismas que son ampliamente abordadas en el artículo 25 del referido Texto).
2. La condena penal por delito doloso.

3. La inhabilitación del trabajador.

Consecuentemente, si de los artículos 23 y 24 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral se pretende efectuar una interpretación, se podrá desprender la siguiente norma general N23-24: “Está permitido despedir a un trabajador cuando concurra causa o causas justas relacionadas con su capacidad y conducta, siempre que estas hayan sido comprobadas”, lo cual alude a que, si bien existe posibilidad de extinguir el vínculo laboral, la causal o causales que fundamenten el despido deben encontrarse comprobadas, de tal forma que dicho acto no se torne arbitrario.

Siendo así, el despido puede ser definido como aquel acto que surge de la sola voluntad del empleador y que tendrá como única finalidad dar por terminada la relación laboral que existe con el trabajador, siempre que se encuentre debida y plenamente justificado en alguna o algunas de las causas previstas por ley, vinculadas a la conducta o capacidad del trabajador. Por su sola naturaleza, dicho acto se califica como jurídico y unilateral, será acto jurídico en el sentido que, con su expedición se generan efectos jurídicos para el empleado, y será acto unilateral, en la medida que su ejercicio corresponde de forma exclusiva al empleador quien tendrá la posibilidad de fundamentarlo (despido justificado) o convertirlo en un acto de mero poder en el cual no medie razón ni justificación alguna (despido injustificado).

Contribuyen a la definición esbozada lo expresado por AMÉRICO PLÁ, para quien el despido constituye “un acto unilateral por el cual el empleador pone fin al contrato de trabajo”¹²⁶, despido que en su versión legal, exigirá para su aplicación, la existencia de la carga de la prueba, la misma que estará a cargo del empleador, quien deberá demostrar la causa justa que lo conllevo a tomar la decisión de dejar sin efecto el vínculo contractual, ya sea durante el procedimiento de despido, o dentro del proceso judicial que pueda interponer el trabajador para impugnar dicho despido.

En tal sentido, si se pretende hablar de un despido justificado se debe arribar a la conclusión de que “la causalidad del despido viene ligada con la tipicidad o previsión legal de los motivos justificantes de tal decisión empresarial. Ello, en buena cuenta, significa que el empleador no podría despedir a un trabajador, si la causa que alega no se encuentra prevista en la legislación”¹²⁷, puesto de lo contrario estaría incurrido en un despido

¹²⁶ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, “Extinción del contrato de trabajo en Uruguay”, en AA.VV. *La Extinción de la relación laboral*, AELE Editorial, Lima, 1987, p. 346.

¹²⁷ DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo. *Causales de despido en la Jurisprudencia de Tribunal Constitucional*, Gaceta Jurídica S.A, Soluciones Laborales, 1º edición, Lima, 2015, p. 7.

injustificado, y por ende sería pasible de ser sancionado, de acuerdo a lo previsto por la normativa laboral y procesal vigente.

De esta forma, se puede llegar a concluir que “el hecho de que el despido se encuentre regulado por Ley (o a nivel de diversos pronunciamientos jurisprudenciales), eso no le resta lesividad. Todo despido supondrá de una u otra manera, al menos una parte afectada o perjudicada. Y no nos referimos necesariamente al trabajador”¹²⁸, ello en la medida que, si el empleador no logra justificar correctamente el despido dentro de las causales que le confiere la normativa laboral, incurrirá en cualquiera de los despidos que prevé nuestra jurisprudencia: despido arbitrario, despido nulo, despido incausado o despido fraudulento, pudiendo resultar sancionado por la autoridad judicial con la reposición del trabajador o con la obligación de indemnizarlo.

3.2. Procedimiento regular de despido justificado

Para que un despido no pueda calificarse como un acto de mero poder, la causal que lo motiva debe encontrarse plenamente justificada, y debe haberse respetado garantías esenciales, una de ellas será el debido procedimiento o un procedimiento regular, en el cual el trabajador pueda ejercer su derecho de defensa, refutando, de ser necesario, los cargos que contra él, haya efectuado el empleador.

Así, acorde con el artículo 31 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado mediante el Decreto Supremo N° 003-97-TR (27/03/1997), si el empleador pretende despedir a un trabajador por causa relacionada con su conducta o con su capacidad, deberá seguir un procedimiento que no solo le provea la posibilidad de imputar cargos e irrogar la comisión de faltas graves, sino que deberá conferir también al trabajador o trabajadora la facultad de poder ejercer correctamente su derecho de defensa a través de la presentación formal y escrita de descargos en el plazo perentorio de 6 días naturales, periodo de tiempo en que, el empleador, podrá tener la posibilidad de exonerar al trabajador de la asistencia al centro de labores mientras dure el procedimiento, sin que ello suponga la afectación a su derecho de defensa o vulneración a su derecho a percibir la remuneración adecuada.

Y es que dicha garantía del procedimiento regular es tan importante no solo en el ámbito del Derecho Laboral, sino también en el Derecho en general, que incluso nuestro Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de sostener que “el derecho fundamental

¹²⁸ ALVA CANALES, Armando Alfonso, *Despido laboral: nuevos criterios jurisprudenciales*, ob. cit., p. 7.

al debido proceso, consagrado en el artículo 139, numeral 3), de la Constitución, comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, cuyo cumplimiento efectivo garantiza que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmersa una persona, pueda considerarse justo (STC N.º 10490-2006-AA, fundamento 2). De ahí que este Tribunal haya destacado que el ámbito de irradiación de este derecho *continente* no abarca exclusivamente al ámbito judicial, sino que se proyecta también al ámbito de los procesos administrativos (STC N.º 07569-2006-AA/TC, fundamento 6)”¹²⁹.

Consecuentemente, el procedimiento de despido debe encontrarse premunido de las garantías que depara el debido procedimiento, en orden a la salvación del derecho de defensa del trabajador, y propiamente, de las dimensiones que ostenta el contenido constitucional del derecho al trabajo.

En buena cuenta, una expresión del ejercicio del derecho de defensa al interior del debido procedimiento radica en que se le permita al trabajador ofrecer, por escrito, argumentos o elementos que le permitan contravenir las imputaciones efectuadas en su contra por el empleador, de tal forma que en dicho procedimiento concurren de modo efectivo garantías constitucionales que hagan viable validar que la decisión adoptada por el empleador sea justa y por ende razonable y proporcional a la falta cometida, esto es, que satisfaga las exigencias de debida motivación; pues solo así se podrá afirmar que el contenido del derecho al trabajo fue debidamente limitado en tanto, la falta cometida acarreó que la protección que irradia el referido derecho, cediera.

Sin embargo, el artículo referido en los párrafos *up supra* también propone una excepción al procedimiento previamente enunciado; esta excepción radicará en que la falta grave cometida por el trabajador o trabajadora tenga carácter flagrante, en este contexto el otorgamiento de dicho plazo (06 días naturales para formular descargos contra la falta grave imputadas por el empleador) no resultará razonable y tampoco podrá ser posible que el trabajador demuestre su capacidad o corrija su decisión, en el plazo de 30 días naturales que prevé el artículo 31 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Por ende, si la falta grave resultó manifiesta e incuestionable, implicará que los efectos del despido se tornen más inmediatos y la extinción del vínculo laboral se vuelva inminente, a causa de la lesividad manifiesta, producto de la conducta del trabajador.

¹²⁹ STC Exp. N.º 03683-2012-AA/TC, F.J. 4.3.1.

Sin perjuicio de lo antes señalado, una vez finalizado el procedimiento de despido, y en caso exista un resultado desfavorable para el trabajador o trabajadora, se deberá proceder con lo dispuesto por el artículo 32 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado mediante el Decreto Supremo N° 003-97-TR (27/03/1997), de cuyo tenor se advierte que, el despido, en su calidad de acto unilateral del empleador, tenga que ser comunicado por escrito al trabajador mediante carta, la cual, en caso de negativa de recepción, deberá diligenciarse por conducto notarial, expresándose la causa concreta del despido, así como la fecha de cese del trabajador con motivo de determinar la correcta liquidación de beneficios sociales. Y es que, del primer párrafo del citado artículo, brotará la siguiente norma N32₁: “Está ordenado que el despido sea comunicado por escrito al trabajador mediante carta que indique de forma precisa la causa y la fecha de cese”.

Por ende, la carta de despido “deberá contener (...) una explicación clara y concisa de los hechos y sus consecuencias lesivas, el personal implicado, con las pruebas que acrediten tal responsabilidad, así como la cita atinada de la norma, directiva o reglamento que ha sido vulnerado”¹³⁰, puesto que, como un acto del empleador que se considera legal, debe encontrarse correctamente motivado y sustentado, en la medida que dicha exigencia se condice con la dimensión prestacional del contenido constitucional del derecho al trabajo en el componente de permanencia en el empleo.

Siguiendo con el análisis, de dicho artículo también se desprende otra norma N32₂: “Está prohibido que el empleador invoque causa distinta a la imputada en la carta de despido, salvo que después de iniciado el trámite previo el empleador tome conocimiento de la comisión de otra falta grave”. En este sentido, la exigencia que emana de esta norma representa otra garantía sustancial que se aplica al procedimiento de despido, la cual radicarán en que una vez que el empleador haya imputado una causa que motiva y fundamenta la carta de despido, no podrá invocar o aducir otra distinta, en la medida que ello implicaría una trasgresión directa contra el derecho de defensa del trabajador, salvo que, ya iniciado el procedimiento de despido, tome conocimiento de la comisión de otra falta grave que no fue materia de imputación.

Siendo así, resulta evidente que el procedimiento de despido en el derecho laboral peruano ofrece garantías legales bastante marcadas con miras a la efectiva vigencia del contenido constitucional del derecho al trabajo, el cual, como hemos argumentado, debe

¹³⁰ ALVA CANALES, Armando Alfonso, *Despido laboral: nuevos criterios jurisprudenciales*, ob. cit., p. 13.

ser tutelado de forma idónea por nuestro Estado democrático de Derecho, tanto en su dimensión prestacional como en su dimensión de libertad.

Dicho ello, podemos inferir que el despido, “además de ser aquella decisión causalizada por la cual el empleador determina unilateralmente la extinción del vínculo laboral, es aquel acto rodeado de una serie de formalidades cuyo incumplimiento llega inclusive a provocar la invalidez del cese, a tal punto de que algunas veces se ha puesto en tela de juicio su supuesto carácter formal”¹³¹.

En definitiva, el procedimiento de despido, tal como se encuentra previsto en nuestra legislación nacional de derecho privado, no solo implica un mero formalismo que tendrá que seguir el empleador si pretende extinguir legalmente el vínculo laboral con el trabajador, sino que depara para éste último una serie de garantías de naturaleza constitucional, tales como el derecho de defensa en dos expresiones marcadas; primero, en el sentido que el trabajador tendrá la facultad de contravenir las imputaciones efectuadas por el empleador en un plazo de 6 días naturales y segundo, que resultará prohibido que el empleador, una vez iniciado el procedimiento de despido contra el trabajador, pueda invocar falta grave distinta a la ya aducida a través de la carta de imputación de cargos, mientras que también contendrá el deber a la debida motivación de la decisión, en tanto el trabajador debe encontrarse convencido que la decisión adoptada por el empleador fue justa, mas no arbitraria.

3.3. Causas que justifican el despido: una breve referencia

Ha establecido nuestra legislación laboral en los Artículos 23, 24 y 25 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado mediante el Decreto Supremo N° 003-97-TR (27/03/1997), las causas justas que motivan el inicio de un procedimiento de despido pueden encontrarse relacionadas con la capacidad o con la conducta del trabajador, las cuales, en atención a los derechos de debido procedimiento y debida motivación, deben encontrarse correctamente acreditadas y probadas, siendo que, como se ha referida anteriormente, para su imputación, debe conferirse un plazo suficiente para que el trabajador o trabajadora afectada puedan ejercer su derecho de defensa y esbozar sus descargos correspondientes.

¹³¹ DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo. *Causales de despido en la Jurisprudencia de Tribunal Constitucional*, ob. cit., p. 9.

Así, corresponde precisar brevemente cuáles son las causas que motivan el despido y que se encuentran relacionadas a la capacidad del trabajador:

1. Las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas cuando, realizados los ajustes razonables correspondientes, impiden el desempeño de sus tareas, siempre que no exista un puesto vacante al que el trabajador pueda ser transferido y que no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros: cabe precisar que la causal señalada no solo faculta al empleador a proceder de forma inmediata con el despido sino que, por el contrario, imprime una suerte de deber excepcional de verificar si dentro de la estructura organizacional de la empresa existe algún otro puesto vacante que pueda ser asignado al trabajador, siempre que no perjudique aún más sus condiciones físicas o mentales.
2. El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares: la presente causal comprende la obligación a cargo del empleador de demostrar que el rendimiento del trabajador deviene en deficiente, comparado con el personal que realiza funciones y ostenta condiciones laborales similares. Y es que, esta causal tiene como origen la evaluación negativa que ha determinado el empleador dentro de la relación laboral respecto de la capacidad y pericia del trabajador para el desempeño de sus funciones, la cual supone o demanda la imposibilidad de mantener vigente la relación laboral en tanto el accionar del trabajador puede generar problemas y perjuicios al empleador.
3. La negativa injustificada del trabajador a somerterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes: la presente causal tiene como principal objetivo salvaguardar la salud del propio trabajador que se niega a someterse al examen médico, y la de los demás trabajadores de la empresa, en tanto la negativa injustificada del trabajador fomenta o genera un riesgo innecesario en las condiciones laborales e incluso da cabida a que la autoridad administrativa de trabajo pueda imponer multas por no cumplir con las medidas de seguridad y salud en el trabajo.

Por otro lado, también debemos pronunciarnos sobre las causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador, las mismas que se encuentran y especificadas en número de tres: a) La comisión de falta grave, b) La condena penal por delito doloso y

c) La inhabilitación del trabajador. Sobre la causal prevista en el literal b) se deberá decir que se configurará cuando quede firme la sentencia condenatoria, ya sea que esta implique pena privativa de libertad o pena suspendida, mientras que la causal contenida en el literal c) se aplicará cuando la autoridad judicial o administrativa inhabilita al trabajador para el ejercicio de la actividad que desempeñe en el centro de trabajo, siempre que sea de 3 meses a más.

Ahora bien, habiendo abordado las causales de los literales b) y c), nos enfocaremos a la causal especificada en el apartado a) La comisión de falta grave, remitiéndonos para ello al artículo 25 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado mediante el Decreto Supremo N° 003-97-TR (27/03/1997), disposición legal que prevé hasta 9 causales contempladas como falta grave:

1. El incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, la reiterada paralización intempestiva de labores y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene Industrial: ello en la medida que dichos supuestos representan una obstrucción marcada en el desempeño de funciones que trae consigo una afectación directa en las actividades de la empresa. Ahora bien, en lo que respecta a la falta grave consistente en la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, debemos ratificar que su sustento se encuentra en el “deber de obediencia que tiene todo el trabajador, respecto de las directivas que su contraparte contractual le imparte, dado que el objeto contra el cual se dirige la resistencia está conformado justamente por las diversas órdenes que el empleador indique al trabajador, en virtud del poder de dirección”¹³², por ende las órdenes que deberá cumplir el trabajador son aquellas que estrictamente se encuentren vinculadas al ejercicio regular, idóneo y legal de sus funciones, consecuentemente, no podrá ser sancionado aquel trabajador que se resiste a cumplir una orden que resulta ilegal o pueda suponer la comisión de un ilícito penal.
2. La disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen o de la calidad de producción, verificada fehacientemente o con el concurso de los servicios inspectivos del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, quien podrá

¹³² DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo. *Causales de despido en la Jurisprudencia de Tribunal Constitucional*, ob. cit., p. 32.

solicitar el apoyo del sector al que pertenece la empresa: esta causal tiene como presupuesto un accionar doloso del trabajador, quien teniendo las facultades y capacidades necesarias para desempeñar sus funciones acordes con el estándar exigido dentro del centro de labores, decide disminuirlo intencionalmente para generar perjuicio al empleador o provocar inestabilidad en la actividad económica que éste realiza.

3. La apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador o que se encuentran bajo su custodia, así como la retención o utilización indebidas de los mismos, en beneficio propio o de terceros, con prescindencia de su valor: la presente falta grave sanciona la conducta ilícita del trabajador, quien, a sabiendas que el bien o servicio no le pertenecen, decide apropiárselo o retenerlo indebidamente ocasionando una pérdida o la afectación al patrimonio del empleador, así como el quebrantamiento de la buena fe laboral.
4. El uso o entrega a terceros de información reservada del empleador: la sustracción o utilización no autorizada de documentos de la empresa; la información falsa al empleador con la intención de causarle perjuicio u obtener una ventaja; y la competencia desleal: esta causal presupone el quebrantamiento del deber de confidencialidad que orienta toda relación laboral, por tanto origina que la confianza o la buena fe que debería existir entre el trabajador y el empleador se extinga y por tanto se haga inviable la subsistencia del vínculo laboral.
5. La concurrencia reiterada en estado de embriaguez o bajo influencia de drogas o sustancias estupefacientes, y aunque no sea reiterada cuando por la naturaleza de la función o del trabajo revista, excepcional gravedad: en atención de dicha causal se debe indicar que “la gravedad de la inconducta no solo está dada por la concurrencia al trabajo bajo los efectos del alcohol o de drogas, sino que haría falta también que haya una costumbre de acudir al centro de labores en alguno de tales estados”¹³³, es decir, que exista antecedentes de dicha conducta por parte del trabajador (reiteración) y que estas hayan sido correctamente documentadas y sancionadas.
6. Los actos de violencia, grave indisciplina, injuria y faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, de sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores, sea que se cometan dentro del centro de trabajo o fuera de él

¹³³ DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo. *Causales de despido en la Jurisprudencia de Tribunal Constitucional*, ob. cit., p. 53.

cuando los hechos deriven directamente de la relación laboral. Los actos de extrema violencia, tales como toma de rehenes o de locales podrán adicionalmente ser denunciados ante la autoridad judicial competente: la presente causal presupone y sanciona las inconductas del trabajador agresor, quien transgrede los deberes elementales de respeto y trato acorde de sus similares superiores o inferiores jerárquicamente hablando, generando con ello que se destruya el adecuado clima laboral existente en el centro de labores y por ende mermando el normal desarrollo de la actividad del empleador.

7. El daño intencional a los edificios, instalaciones, obras, maquinarias, instrumentos, documentación, materias primas y demás bienes de propiedad de la empresa o en posesión de esta: con esta causal el legislador sanciona el perjuicio económico que el trabajador le origina al empleador, ya que con su accionar provoca la pérdida económica y el desmedro en los bienes de propiedad de la empresa afectando, en cierto modo, la continuidad de las actividades, o al menos paralizándolas temporalmente, lo que supone una inevitable pérdida económica.
8. El abandono de trabajo por más de tres días consecutivos, las ausencias injustificadas por más de cinco días en un periodo de treinta días calendario o más de quince días en un periodo de ciento ochenta días calendario, hayan sido o no sancionadas disciplinariamente en cada caso, la impuntualidad reiterada, si ha sido acusada por el empleador, siempre que se hayan aplicado sanciones disciplinarias previas de amonestación escritas y suspensiones: con esta falta grave se sanciona la irresponsabilidad continua del trabajador, quien sin motivo alguno y sin previo aviso se sustrae de su obligación de asistir al centro de labores y provoca que las actividades que se encontraban a su cargo sean suspendidas y se frustre el normal funcionamiento de la estructura organizacional de la empresa.
9. El hostigamiento sexual cometido por los representantes del empleador o quien ejerza autoridad sobre el trabajador, así como el cometido por un trabajador cualquiera sea la ubicación de la víctima del hostigamiento en la estructura jerárquica del centro de trabajo: esta causal, finalmente, permite sancionar al personal que, con total desprecio al respeto y la tranquilidad que toda persona merece dentro de su centro de trabajo, ocasiona un daño psicológico de naturaleza sexual a sus compañeros o compañeras de trabajo, prevaliéndose o no de su posición dentro de la estructura organizacional de la empresa.

3.4. Madre gestante y la no superación del periodo de prueba por razones vinculadas a su condición: despido nulo

3.4.1. El periodo de prueba y la discriminación contra la madre gestante

Como ya hemos referido el periodo de prueba, correctamente entendido, supone el lapso de tiempo en el cual el empleador evalúa el perfil profesional u ocupacional, las capacidades, el nivel de desenvolvimiento y la adecuación que puede tener la trabajadora gestante en el puesto de labores; una vez valoradas dichas condiciones, el empleador tendrá la facultad unilateral de decidir si da por superado el periodo de prueba o, si por el contrario, dispone su no superación notificando formalmente a la trabajadora con la finalidad de extinguir definitivamente la relación laboral y dar paso a que ésta tenga acceso a los beneficios laborales que, al cese, le corresponden de acuerdo a Ley.

Como se explicitó precedentemente, desde la concepción de periodo de prueba antes señalada, el único argumento válido que será útil al empleador para determinar la no superación del periodo de prueba dentro de la relación laboral sería que la trabajadora gestante no haya sido lo suficientemente apta e idónea para cubrir las exigencias que el puesto de labores demandaba, es decir, que su desarrollo durante la evaluación no haya sido el correcto o que, peor aún, su desempeño haya resultado perjudicial para los intereses o la funcionalidad de la empresa.

Consecuentemente, y como lo requieren las exigencias constitucionalmente reconocidas, del contenido del derecho al trabajo, del derecho a la no discriminación y la sujeción al principio de igualdad, el acto jurídico del empleador de disponer la no superación del periodo de prueba, no puede encontrarse sustentado en razones discriminatorias, sino que debe encontrarse debidamente motivado con razones fuertes y contundentes que despejen toda duda de que la finalización del contrato laboral haya sido guiada por el solo hecho de que la trabajadora se encuentre gestando, pues ello contravendría el contenido constitucional del derecho, en su dimensión prestacional de permanencia en el empleo.

Más aún si tenemos presente que la relación laboral no únicamente se regirá por la simple autonomía de las partes (empleador y trabajador), sino que también se encuentra irradiada por los valores constitucionales, los cuales se concentran en la

igualdad y en la dignidad de las trabajadoras en su condición de seres humanos dignos y como valor supremo del Estado y de la Sociedad.

En un Estado democrático debe establecerse que en todas las relaciones laborales se tenga que respetar necesariamente la especial condición de madre gestante, en tanto durante ese periodo de gravidez, la mujer trabajadora resulta ser un sujeto especialmente susceptible a la afectación de sus derechos, especialmente en su derecho al trabajo, pues con la actual regulación del periodo de prueba, ésta puede ser desvinculada de su puesto de labores por el solo hecho de encontrarse gestando, es por ello, y como bien menciona PACHECO ZERGA, debe instaurarse la siguiente exigencia de legalidad: que “la mujer embarazada no sea excluida o disuadida de aspirar a un empleo u obstaculizada en su promoción profesional. Consideramos que debería calificarse como una discriminación directa tanto el despido por razón del embarazo como la negativa a contratar a una mujer embarazada cuando se acredite el estado de la trabajadora y el empresario no haya probado la causa justa que justifique el cese”¹³⁴.

La exigencia de no discriminación contra la trabajadora gestante en la relación laboral es tan importante que en el Derecho comparado, el Tribunal Constitucional Español ha determinado que “la extinción del contrato durante el periodo de prueba será nula (como cualquier otra decisión extintiva) cuando esta decisión adoptada por el empleador, se produzca con vulneración de derechos fundamentales, como es el caso de la decisión empresarial que se gesta como reacción al embarazo de la trabajadora, ya sea de forma directa o de modo encubierto”¹³⁵. No olvidemos pues, que ningún acto emitido por particulares y mucho menos por el Estado puede transgredir los derechos fundamentales de las personas, por ello es que el empleador tampoco podrá eximirse de dicha exigencia y estará compelido a respetar la relación laboral de la trabajadora gestante, incluso dentro del periodo de prueba, encontrándose impedido de extinguir dicho vínculo basado en trasgresiones de derechos fundamentales.

Es inevitable concluir que existirá un evidente indicio de antijuridicidad en la decisión del empleador (tener por no superado el periodo de prueba en la relación

¹³⁴ PACHECO ZERGA, LUZ, “El Despido discriminatorio de una mujer embarazada. La ruta hacia la igualdad de oportunidades”, en *Repositorio Institucional Pirhua*, ob. cit., p. 14.

¹³⁵ Véase la SENTENCIA 17/2007 del Tribunal Constitucional de España, de fecha 12 de febrero, FF.JJ. 6, 7 y 8.

laboral de una trabajadora gestante) si es que éste se limita a dar por concluido el vínculo laboral sin expresar causal relacionada con la capacidad o desempeño de la trabajadora gestante durante el periodo de evaluación, ello en la medida que existe una presunción de nulidad implícita en la decisión, que se instaure a modo de una protección reforzada que le depara la dimensión prestacional del contenido constitucional del derecho al trabajo, en su componente de permanencia en el empleo a favor de la trabajadora gestante para evitar que dicha extinción del vínculo se produzca motivada exclusivamente en un aspecto discriminatorio.

Siendo así, la decisión que adopte el empleador respecto a la superación o no del periodo de prueba, tendrá implícita una presunción de nulidad, por lo tanto si el empleador pretende levantar dicha presunción y tornar constitucional la extinción del contrato, deberá justificarla en razones objetivas relacionadas con el desempeño y el perfil profesional de la trabajadora gestante, y consecuentemente, no limitar la extinción del vínculo laboral a cuestiones discriminatorias. “Así pues, el poder de dirección queda sometido a una limitación teleológica, causada por la protección del interés empresarial, siempre que éste resulte lícito, por supuesto.”¹³⁶, de tal forma que si el proceder se sustenta en la vulneración del algún derecho fundamental se habrá defraudado a la Constitución y por lo tanto, su sanción será la nulidad.

Y es que, considerando lo antes expuesto, la trasgresión bajo comentario representa un abuso de la facultad discrecional del empleador que le depara su derecho a la libertad de contratación en la medida que con su ejercicio extralimitado vulnera el contenido constitucional del derecho al trabajo en su dimensión prestacional específicamente en su componente de permanencia en el empleo.

En resumen, si durante el periodo de prueba, el empleador decidiese determinar que una trabajadora gestante no llegó a superar dicho periodo, tendrá a su cargo, como obligación implícita, justificar tal decisión en razones objetivas relacionadas con el perfil profesional, la capacidad o el desempeño de la trabajadora, caso contrario se presumirá que dicha decisión, en su condición de acto jurídico, deviene en nulo en la medida que la razón extintiva se considerará ligada al hecho biológico de gestación, es decir, sujeta a razones de discriminación contra la madre gestante, pudiendo ser pasible de los efectos que depara la acción judicial del despido nulo,

¹³⁶ SEGALÉS, Jaime, *Derecho al trabajo, relación obligatoria y deuda formativa empresarial*, Granada, Comares, 2001, p. 59.

por haber afectado el contenido constitucional del derecho al trabajo, tal como se sustentará en apartados venideros.

3.4.2. Vulneración de derechos fundamentales como presupuesto para invocar el despido nulo

El despido es el acto jurídico unilateral que tiene el empleador para poner fin a la relación laboral existente. Este acto puede encontrarse justificado, si en su procedimiento de formación han existido motivos, razones o causales reguladas por Ley que lo amparen (despido justificado), sin embargo también puede haber sido fruto del simple capricho del empleador, situación en la cual se podrá identificar hasta cuatro modalidades de despido reconocidas por el Tribunal Constitucional peruano: despido arbitrario, despido indirecto, despido fraudulento y el despido nulo; no obstante, nos enfocaremos en la última de sus modalidades, dado que por sus fundamentos, resulta aplicable para tutelar el derecho al trabajo de la madre gestante víctima de discriminación.

Así, BLANCAS BUSTAMANTE, ha expresado que “la nulidad del despido deriva, en tal caso, de la conexión directa o inmediata entre el acto del despido y la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico, sancionando como absolutamente ineficaz aquel que obedezca al propósito de restringir, impedir o reprimir el ejercicio de los derechos constitucionales del trabajador. Es su naturaleza de acto inconstitucional la que determina su nulidad, pues el principio de supremacía constitucional no consiente que puedan reputarse como legítimas y eficaces aquellas conductas o actuaciones que importan la violación de los derechos que aquella consagra”¹³⁷.

Los derechos laborales del trabajador son indisponibles e irrenunciables, por ello exigen tutela, consecuentemente, no olvidemos que, “hablar del reconocimiento y plena efectividad de los derechos fundamentales de los trabajadores en el seno de la empresa, sólo tiene sentido si se admite que tales derechos, además de frente a los poderes públicos, son esgrimibles en las relaciones entre particulares, ya que, de no ser así, de muy poco valdría su invocación dentro de la empresa”¹³⁸. Así, el hecho de

¹³⁷ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *El despido en el derecho laboral peruano*, Lima, Ara editores E.I.R.L, 2006, p. 291.

¹³⁸ PEDRAJAS MORENO, Abdón, *Despido y derechos fundamentales: estudio especial de la presunción de inocencia*, Madrid, Trotta, 1992, p. 25.

que el trabajador ingresé a una relación laboral no enerva sus derechos fundamentales, ni se desprende de los mismos, muy por el contrario los conserva para sí, en tanto persona y en la justa medida que ostenta naturalmente su dignidad humana.

Si consideramos que la igualdad se configura como un derecho fundamental atribuido a la persona como valor supremo del Estado y de la sociedad, y que incluso forma parte del contenido del derecho al trabajo; resulta evidente que su vulneración en una relación laboral, cual fuere su estado o periodo, acarrea la existencia de un despido nulo como acción para tutelar derechos fundamentales como el de igualdad y no discriminación.

Por ello es que, de acuerdo con ALVA CANALES, el despido nulo “es entendido como aquel despido que vulnera o afecta derechos fundamentales y es en esa medida (que afecta derechos primarios constitucionales) que la afectación es superior y requiere de una protección mayor, traducida esta en la reposición del trabajador. La intensidad de la tutela jurisdiccional es superior en el caso del despido nulo (tutela “restitutoria” ya que restituye al trabajador a su puesto de trabajo) a diferencia del despido arbitrario (tutela “restitutoria” ya que resarce mediante una suma de dinero)”¹³⁹.

En resumen, ante la vulneración de un derecho fundamental como lo es la igualdad y no discriminación al interior de la relación laboral, cualquiera sea el estadio de esta, exigirá que el ordenamiento jurídico, otorgue al afectado la posibilidad de accionar el despido nulo cuyo efecto resarcitorio vendrá comprendido con la reposición del trabajador en el puesto de labores.

3.4.3. Despido nulo como mecanismo para sancionar la decisión discriminatoria del empleador contra la trabajadora gestante

Como ya habíamos indicado el despido nulo se puede configurar por las causales previstas por el Artículo 29 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado mediante el Decreto Supremo N° 003-97-TR (27/03/1997), sin embargo nos enfocaremos en la causal regulada por el inciso e):

¹³⁹ ALVA CANALES, Armando Alfonso, *Despido laboral: nuevos criterios jurisprudenciales*, ob. cit., p. 17.

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

e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir. Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previo al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa”, de lo cual se desprende la siguiente norma N29e₁: “Está ordenado calificar el despido como nulo si este se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto”, así como la norma N29e₂: “Está ordenado que se presuma el despido nulo cuando este tenga por motivo el embarazo y el empleador no haya acreditado causa justa para despedir”.

Así, lo que realmente hace nulo al despido no solo es la ausencia de legitimidad en el acto del empleador, sino el hecho de que esta potestad sea utilizada para afectar derechos constitucionales de aplicación inmediata, ya sea impidiendo que el trabajador los ejerza o sancionándolo por haberlos ejercido¹⁴⁰. Entonces, el despido nulo es aquel que se origina cuando el empleador dispone extinguir la relación laboral con expresa contravención al ordenamiento legal, configurando actos discriminatorios o que atentan contra la vigencia y el respeto a los derechos fundamentales de la trabajadora gestante.

Asimismo, desde el punto de vista del derecho convencional se puede concretar que, “en relación con la madre trabajadora, nuestro país ha ratificado la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación y los Convenios Internacionales de la Organización Internacional del Trabajo N° 100 (Convenio sobre igualdad de remuneración), N° 111 (Convenio sobre la discriminación en el empleo y ocupación) y 156 (Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares) de la OIT. También debe observarse lo establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer (art. 4 numeral 2), la Declaración sobre Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (art. 10, numeral 2), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10 segundo párrafo), y la Decisión N° 584, Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el

¹⁴⁰ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *El despido en el derecho laboral peruano*, ob. cit., p. 291.

Trabajo”¹⁴¹, todos ellos orientados a la protección de la trabajadora gestante en los distintos ámbitos de la relación laboral.

Por ello, teniendo en cuenta que tanto desde nuestro ordenamiento nacional como desde el derecho convencional, se puede afirmar que, “la discriminación en el entorno laboral es un fenómeno social cotidiano y universal que provoca desigualdades entre las personas y genera desventajas sociales y económicas que debilitan la cohesión y la solidaridad sociales. Por ello, la erradicación de la discriminación laboral tiene por finalidad promover la igualdad de oportunidades a fin de que tanto hombres como mujeres y poblaciones vulnerables disfruten de un trabajo decente, sin perjuicio de su origen, sexo, raza, color, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole”¹⁴².

Visto ello, en todo momento de una relación laboral viene ordenado al empleador el respeto hacia los derechos fundamentales de una trabajadora gestante, por lo tanto ningún acto, decisión, disposición o mandato del empleador puede vulnerarlos, muy por el contrario, deben orientarse hacia su efectiva vigencia y estricto cumplimiento.

Si el empleador dispusiese la no superación del periodo de prueba de una trabajadora gestante, sin haber sustentado debidamente su decisión o sin expresar las razones objetivas que lo llevaron a emitir tal pronunciamiento, resultará aplicable la presunción inmediata de que la extinción de la relación laboral se debió a motivos asociados con la condición biológica de la trabajadora, es decir, que la extinción del vínculo laboral se corresponde exclusivamente a actos discriminatorios del empleador, situación que transgrede y vulnera, de modo manifiesto, la dimensión prestacional del contenido del derecho al trabajo, en su condición de derecho fundamental, así como la protección implícita del derecho a la igualdad y no discriminación.

Y es que, “sobre la base del derecho a la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras, puede concluirse que la mujer embarazada está protegida contra todo despido por razón de su condición durante el periodo de embarazo. En consonancia con lo anterior, el inciso e) del artículo 29 de la LPCL prescribe que el

¹⁴¹ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge “Deber y derecho al trabajo”, en GUTIERREZ CAMACHO, Walter (Editor), *La Constitución comentada*, ob. cit., p. 718.

¹⁴² RUIZ RIQUERO, José Humberto, “La protección de la trabajadora embarazada y de las personas con discapacidad en el marco de una relación jurídico - laboral”, en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, ob. cit., p. 114.

despido se considera nulo si se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los noventa días posteriores al parto, siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido”¹⁴³, cabe argumentar entonces, como se ha señalado anteriormente, que durante el periodo de prueba también resulta plenamente invocable el despido nulo.

Así, si el empleador pretende cesar a una trabajadora gestante durante el periodo de prueba deberá, en el comunicado de no superación de periodo de prueba, argumentar cuáles son las razones objetivas que le obligaron a tomar dicha decisión, las mismas que deberán estar relacionadas con su perfil profesional, capacidad, desempeño y rendimiento en el puesto en que estuvo asignada durante el periodo de prueba, caso contrario, se entenderá, implícitamente, que la desvinculación laboral o la extinción del contrato laboral se debió a factores de mera discriminación por motivos de embarazo, supuesto en que se afectarían valores de naturaleza constitucional, como lo es el contenido del derecho al trabajo en su dimensión prestacional, que se confiere a toda persona por ser lo que es y valer lo que vale.

En este orden de ideas, corresponde analizar si nuestra legislación laboral vigente contiene algún vacío normativo que afecta a la trabajadora gestante, y así verificar si dicha legislación necesita una modificación o si únicamente requiere una correcta interpretación del primer párrafo del artículo 10 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado mediante el Decreto Supremo N° 003-97-TR (27/03/1997).

Desde el primer párrafo del artículo 10 brotaría la siguiente norma N10: “Está ordenado otorgar al trabajador la protección contra el despido arbitrario cuando haya superado el periodo de prueba”. Por ende, al ser una norma de contenido limitado y cerrado, que condiciona la protección contra el despido al hecho objetivo de que el trabajador haya superado el periodo de prueba, se debe concluir que dicha norma no permite una interpretación de forma conjunta o conforme a la Constitución, que sea capaz de asegurar que antes de superar el periodo de prueba, la trabajadora gestante goce de protección contra el despido, por lo que da pie a que el empleador pueda, por su sola condición y amparado en un acto discriminatorio, extinguir el vínculo laboral sin que ello le suponga algún tipo de sanción contra éste.

¹⁴³ MONTOYA OBREGÓN, Lesly Marina, “El despido nulo en el marco constitucional y en la jurisprudencia peruana”, en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, Tomo 117, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2017, p. 128.

Por ende, dicha interpretación N10 no supera el control de constitucionalidad y por ende será inconstitucional, siendo necesario que se plantee la necesidad de formular una reforma al contenido del artículo, la misma que permita que la facultad del empleador, resolver unilateralmente el contrato durante el periodo de prueba, no pueda afectar el derecho al trabajo ni el derecho a la igualdad y no discriminación por ser parte del contenido del derecho al trabajo. Consecuentemente, una propuesta de modificación al primer párrafo del artículo que resultará acorde a las exigencias constitucionales sería: “El periodo de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario. No obstante, estará ordenado que el trabajador goce de protección contra el despido nulo, durante el periodo de prueba, siempre que se vulneren sus derechos fundamentales”.

Así la reforma al tenor del primer párrafo del Artículo 10 se decanta con las exigencias constitucionales. En este contexto, ostenta lógica lo manifestado por la doctrina comparada cuando afirma que “los desistimientos contractuales decididos por el empresario durante el período de prueba, respecto de las mujeres embarazadas, disfrutan de una tutela directa, sin necesidad de una previa intermediación legislativa, ya que aquella nace del contenido esencial del art. 14 CE”¹⁴⁴; más aún si consideramos lo vertido por la jurisprudencia del TC de Galicia en la Sentencia N° 61/2009, de fecha 10 de noviembre del 2009 y lo destacado por el Tribunal Constitucional de España en la Sentencia 17/2007 de fecha 12 de febrero (comentadas en el capítulo II), las mismas que ratifican la necesidad de otorgar una protección reforzada a favor de la trabajadora gestante durante el periodo de prueba de tal forma que no vea defraudado su derecho al trabajo a causa de un accionar discriminatorio cometido por el empleador.

Y es que, cuando una relación laboral se extingue a causa del estado de gestación de la trabajadora, se puede decir que se ha incurrido en un acto discriminatorio y por ende se trasgredió el principio a la igualdad y el derecho al trabajo, incluso si esta relación laboral se encuentra dentro del periodo de prueba, por ello se hace necesario que se admita un mecanismo capaz de sancionar dicho acto y consecuentemente ofrecer protección a la trabajadora gestante; por ello justamente será el despido nulo el que se encuentre llamada a ofrecer la referida tutela, ya que

¹⁴⁴ QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., “Extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba y lesión de derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, ob. cit., p. 354.

constituye el medio de resarcimiento prevé la reposición de la trabajadora en el puesto de labores.

Este medio podrá ser interpuesto cuando la trabajadora alegue la presunción de que “la extinción del contrato es ajena al trabajo -cuestión que tendrá que demostrar, para lo cual será de utilidad atender al desempeño en el tiempo transcurrido en prueba- de tal forma que se revelen los indicios de que la verdadera causa de la extinción es discriminatoria o atentatoria de un derecho fundamental, incluido el de tutela judicial efectiva y prohibición de indefensión, todo lo cual, eventualmente, obligará al juez a otorgar la calificación de nulidad”¹⁴⁵.

Así, la trabajadora gestante deberá ofrecer, al menos, indicios de que la extinción de su contrato laboral, durante el periodo de prueba, no se debió a su negligente o incorrecto desempeño, ni a haber incurrido en alguna causal relacionada a su capacidad o conducta prevista en la ley, sino que la decisión fue tomada sin razón objetiva aparente, por lo que dado su estado, se puede inferir que la decisión asumida por el empleador podría haberse correspondido a su especial estado de gravidez.

En resumen, el hecho que el empleador extinga la relación laboral de una trabajadora durante el periodo de prueba, sin motivo alguno y como consecuencia directa del estado de gravidez, configura un acto discriminatorio que vulnera el derecho fundamental al trabajo y a su vez el derecho a la igualdad y no discriminación, y como tal demanda que nuestro ordenamiento jurídico le otorgue, a la afectada en su derecho, una acción capaz de resarcir tal agravio; esta acción es definida como despido nulo y prevé en su seno el derecho a la reposición en el puesto de la trabajadora gestante con miras a tutelar la estabilidad laboral que ésta merece por ser, en su condición de persona, el valor supremo de la sociedad y del Estado.

¹⁴⁵ PIQUERAS PIQUERAS, María del Carmen, *La extinción del contrato durante el periodo de prueba como despido*, ob. cit., p. 94.

Capítulo 4

Hacia la implementación de un mecanismo de protección constitucional que tutele el derecho al trabajo de la madre gestante durante el periodo de prueba

4.1. Deber de motivar objetivamente la decisión de no superación del periodo de prueba respecto de la madre gestante

Visto que la figura del periodo de prueba, “tiene como finalidad la constatación de las aptitudes profesionales y humanas del trabajador, por lo que el desistimiento implica, o al menos debiera implicar, la incapacidad del trabajador para la realización de las actividades propias del puesto de trabajo que ocupa”¹⁴⁶, el empleador, con sujeción a dicha institución, prevista en nuestro ordenamiento laboral vigente, tendrá la labor de someter a evaluación a la trabajadora gestante, observar si ésta reúne las condiciones, experiencia, capacidad necesarias para el puesto y cerciorarse si su desempeño es el óptimo para cubrir sus exigencias, caso contrario se justificará la posibilidad de que se tenga por no superado el periodo de prueba.

Sin embargo, en nuestra práctica laboral, el panorama que se presenta es completamente distinto, e incluso antagónico al descrito, puesto que, cuando un empleador durante el transcurso del periodo de prueba toma conocimiento del estado de gravidez de su trabajadora, goza de la plena facultad discrecional de resolver el contrato de trabajo de forma unilateral sin argumentar o motivar causa o razón alguna, resolución contractual que, en la mayoría de los casos, obedece exclusivamente al solo hecho de que la trabajadora se encuentre gestando, es decir, que el factor que termina por establecer el motivo de no superación del periodo de prueba es uno de carácter discriminatorio que vulnera la dimensión prestacional del contenido constitucional del derecho al trabajo en su componente de permanencia en el empleo y por ende, a su vez el derecho a la igualdad.

Bien vistas las cosas, “para determinar quien deba soportar la carga de la prueba en caso de extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario durante el período de prueba, debe distinguirse si el ejercicio del poder resolutorio empresarial se ha producido con incumplimiento de la legalidad ordinaria o si, por el contrario lo ha sido con

¹⁴⁶ BALLESTER PASTOR, María Amparo, *El periodo de prueba*, ob. cit., p. 55.

vulneración de derechos fundamentales incluida la no discriminación”¹⁴⁷, es decir, evaluar si la decisión de dar por no superado el periodo de prueba en la relación laboral de una trabajadora gestante ha sido justificada en una causa objetiva, o, si por el contrario, obedece exclusivamente a un supuesto de discriminación por su estado de gravidez.

Entonces, con miras a ofrecer una protección reforzada a favor de la trabajadora gestante, hemos propuesto reconocer la obligación al empleador consistente en motivar debidamente las razones que determinaron la resolución del contrato de trabajo de la madre gestante durante el periodo de prueba (inversión de la carga de la prueba), ello con el objeto que dicho empleador descargue, por sí mismo, la presunción de existencia de un despido discriminatorio encubierto y, en buena medida, le permita a éste expresar las razones objetivas relacionadas al desempeño de la trabajadora gestante que le obligan a no mantener el vínculo laboral.

Así, el empleador deberá justificar cuáles fueron las razones que motivaron la decisión de no superación del periodo de prueba de la trabajadora gestante, con la finalidad que su accionar no tenga vinculación con un acto discriminatorio y por ende se encuentre exento o no pueda ser catalogado como discriminatorio, y como resultado de ello, con su materialización o emisión no provengan sanciones de nulidad al despido realizado que puedan originar la reposición de la trabajadora en su puesto de labores, mientras que la trabajadora únicamente “deberá probar el indicio que permita presumir la existencia de discriminación o vulneración de un derecho fundamental”¹⁴⁸, esto es, deberá acreditar que comunicó a su empleador su estado de gestación, siempre y cuando tal condición no resulte evidente.

Desde nuestro punto de vista, existirá una presunción de que toda resolución del contrato de trabajo de una trabajadora gestante durante el periodo de prueba será nulo por discriminatorio, salvo que el empleador demuestre lo contrario, a través de una adecuada justificación de las razones objetivas que motivaron tal decisión. Ahora bien, desde la jurisprudencia, nuestro Tribunal Constitucional peruano no ha emitido pronunciamiento que establezca dicho deber al empleador, sin embargo es posible citar pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana y el Tribunal Constitucional español.

¹⁴⁷ PIQUERAS PIQUERAS, María del Carmen, *La extinción del contrato durante el período de prueba como despido*, ob. cit., p. 81.

¹⁴⁸ Cfr. PIQUERAS PIQUERAS, María del Carmen, *La extinción del contrato durante el período de prueba como despido*, ob. cit., p. 82.

Para ofrecer mayores argumentos de juicio, nos remitiremos a la jurisprudencia comparada. En tal sentido, el Tribunal Constitucional Español ha señalado que: “se suscita el problema, relativo a la posibilidad de valorar la resolución del contrato de trabajo durante el período de prueba desde la perspectiva del principio de igualdad y la prohibición de discriminación que contiene el art. 14 de la Constitución Española (C.E.). (...). Ahora bien, el problema no se plantea aquí como una cuestión de legalidad, sino en confrontación con un precepto constitucional que prohíbe toda discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, y cuyo predominio debe quedar garantizado”¹⁴⁹.

Otro pilar que abona a la postura del Tribunal Constitucional Español antes mencionada, lo encontramos en el principio de igualdad, en la medida que “la igualdad que reconoce el art. 14 C.E. no omite la toma en consideración de razones objetivas que razonablemente justifiquen la desigualdad de tratamiento legal, e incluso el art. 9.2 de la C.E. impone a los Poderes Públicos la obligación de promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, superando el más limitado ámbito de una igualdad meramente formal y propugnando un significado del principio de igualdad acorde con la misma definición del art. 1 C.E. De ello cabe claramente deducir la legitimidad constitucional, desde las exigencias del principio de igualdad, de una normativa o de decisiones y actos de dichos Poderes Públicos que, contemplando condicionamientos diferenciales, como puede ser en ciertos supuestos el sexo o el embarazo, regule o reconozca requisitos, efectos o consecuencias jurídicas diversas o específicas favorecedoras, en su caso, de una equiparación material en el puesto de trabajo”¹⁵⁰.

También menciona el Tribunal Constitucional español, en otro de sus pronunciamientos que: “*Ante la presencia de un derecho a no ser discriminada, que la actora alegó informando de su embarazo, la empresa debió explicitar que los motivos que la movieron eran ajenos a tal hecho o situación, significativa de un plus o añadido al concreto derecho laboral -condición de mujer digna de protección más fuerte por desigualdad justificada- que la obligaba a su vez -a la empresa- a justificar la razonabilidad de su conducta resolutoria.* Este deber ha sido señalado, por lo demás, por este Tribunal Constitucional al propugnar con su doctrina el uso de la inversión del onus

¹⁴⁹ SENTENCIA 94/1984 del Tribunal Constitucional de España, de fecha 16 de octubre de 1984, F.J. 3.

¹⁵⁰ SENTENCIA 166/1988 del Tribunal Constitucional de España, de fecha 26 de septiembre de 1988, F.J. 2.

probandi”¹⁵¹, con lo cual se concluye que no basta la voluntad resolutoria del empleador o el simple ejercicio de la facultad discrecional de resolver el contrato de trabajo durante el periodo de prueba, sino que éste debe justificar los motivos en que dicha decisión encuentra sustento, es decir, que existirá la inversión de la carga de la prueba directamente atribuida al empleador.

De igual manera, sobre la obligación de motivar la resolución del contrato laboral, el Tribunal Constitucional Español ha señalado que existe “un principio de justicia, que opera en el tratamiento de las reglas de la prueba, apoya la conclusión de que asuma el empresario la carga de probar los hechos generadores de la extinción de la relación laboral, bien constituyan causa legítima subsumible en alguna de las de ruptura unilateral de aquélla, a impulso del empresario, bien sin legitimar el despido por causas excluyentes de su procedencia o por incurrir en nulidad, se presenten razonablemente como ajenos a todo propósito discriminatorio atentatorio a un derecho constitucional”¹⁵², con ello se fija postura respecto del rechazo tajante de actos o conductas discriminatorias que pretendan afectar la relación laboral en todas sus facetas, y con mayor énfasis, durante el periodo de prueba, etapa del contrato laboral en que se detecta una mayor posibilidad de vulnerabilidad de derechos fundamentales.

Así, a la luz del pronunciamiento del Tribunal Constitucional Español, e incluso desde la doctrina, como la expuesta por MARTINEZ VIVOT quien afirma que “si la trabajadora entiende que el empleador puso fin al régimen de prueba, conforme a su legal derecho, sin expresar causa, pero componiendo un acto discriminatorio, por tener conocimiento que la aspirante a empleada estaba embarazada, y lo hace por tal, y no por otra circunstancia, puede promover la acción prevista en la ley citada”¹⁵³, será posible arribar a la conclusión que la resolución del contrato de trabajo de una trabajadora gestante durante el periodo de prueba, podrá darse siempre y cuando la decisión del empleador, como facultad discrecional motivada, no se fundamente en cuestiones asociadas a la discriminación por razón de la especial condición de la mujer gestante, sino que tal potestad discrecional estará limitada al respeto al contenido constitucional del derecho al trabajo, entendido, en su dimensión prestacional de permanencia en el empleo.

¹⁵¹ Idem, F.J. 5 (negrita y cursiva nuestras).

¹⁵² SENTENCIA 38/1981 del Tribunal Constitucional de España, de fecha 23 de noviembre de 1981, F.J. 3.

¹⁵³ MARTÍNEZ VIVOT, Julio J, *Discriminación laboral: despido discriminatorio*, ob. cit., p. 102.

Y es que, incluso la Corte Constitucional de Colombia al indicar que es “imperativo que la parte que desea poner fin a la relación exprese los hechos precisos e individuales que la provocaron. Así, la otra parte tiene la oportunidad de enterarse de los motivos que originaron el rompimiento de la relación laboral, en el momento en que se le anuncia tal determinación y, puede hacer uso de su derecho de defensa y contradecir tal decisión si está en desacuerdo”¹⁵⁴, ha establecido la necesidad de que exista una obligación a cargo del empleador consistente en motivar o justificar con razones objetivas la extinción del contrato laboral de una trabajadora gestante durante el periodo de prueba.

Bien vistas las cosas, “sobre el régimen extintivo del contrato de trabajo durante el período de prueba, en el sentido de que éste no pueda hacerse valer en contra de un derecho fundamental, entiendo que, de un lado resulta insostenible la tesis de la libertad de resolución absolutamente desvinculada de su causa; de otro que es defendible la causalidad del acto extintivo. Causa que, efectivamente, ‘carecerá de trascendencia siempre que tenga cabida dentro del ámbito de libertad reconocido por el precepto legal’ (F.J. 3º S.TC 94/84), pero que en cualquier caso y sin ninguna duda “no se puede hacer valer por causas ajenas al propio contrato en contra de un derecho fundamental” (S. TC 94/84, de 16 de octubre, Fº.J.º Tercero)”¹⁵⁵, lo que permite inferir que en la relación laboral, los derechos fundamentales no abandonan a la persona, ni ceden ante la suscripción del contrato, sino que por el contrario su tutela se vuelve más rígida.

En resumen, a la luz de los pronunciamientos jurisprudenciales antes mencionados, consideramos necesario que en nuestra legislación se implemente una protección reforzada a favor de la trabajadora gestante, en virtud de la cual, se contemplen tres aspectos sustanciales: primero, se aplique una presunción de nulidad en la decisión inmotivada del empleador que resuelve el contrato de trabajo de una mujer gestante durante el periodo de prueba; segundo, se ratifique que la causal que realmente pueda motivar la no superación del periodo de prueba sea aquella que se encuentre relacionada al hecho de que la trabajadora gestante, por su perfil profesional, desempeño, desenvolvimiento o capacidad, resulte no idónea para cubrir las exigencias que establece el puesto de labores dentro de la estructura organizacional de la empresa, en otras palabras, que pese a haber sido sometida a prueba, su rendimiento no haya bastado para colmar las expectativas laborales que el empleador demanda en el cargo.

¹⁵⁴ SENTENCIA C-299 de 1998 Corte Constitucional de Colombia; Carlos Gaviria Díaz, parágrafo 62.

¹⁵⁵ PIQUERAS PIQUERAS, María del Carmen, *La extinción del contrato durante el período de prueba como despido*, ob. cit., p. 26.

Y finalmente, como tercer aspecto, nuestra legislación nacional debe prever como remedio para este despido discriminatorio encubierto, la posibilidad de que la trabajadora gestante, que se considere afectada por dicho acto infraconstitucional, pueda interponer la acción de despido nulo, con la finalidad de obtener, como resarcimiento idóneo, la reposición en su puesto de labores, y solo a libre elección y una vez fundada la pretensión, la indemnización como si de un despido arbitrario se tratase, para lo cual hemos propuesto una reforma del Artículo 10 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, a saber: “El periodo de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario. No obstante, estará ordenado que el trabajador goce de protección contra el despido nulo, durante el periodo de prueba, siempre que se vulneren sus derechos fundamentales”, reforma que ha sido fruto de un examen de constitucionalidad que partió de un análisis armonizador entre el derecho a la libertad de contratación y el contenido constitucional del derecho al trabajo en su dimensión prestacional de permanencia en el empleo.

4.2. Implementación de un procedimiento de no superación del periodo de prueba y el ejercicio del derecho de defensa de la madre gestante

Dada la necesidad de que el empleador motive con razones objetivas las causas que justifican la resolución del contrato laboral de la trabajadora gestante durante el periodo de prueba; corresponde también otorgar a esta trabajadora la posibilidad de que pueda contradecir las razones expuestas por su empleador. Para ello, con sujeción a la protección reforzada a favor de la trabajadora gestante, se hace imprescindible establecer un procedimiento especial “como mecanismo rodeado de garantías compatibles con el valor de justicia”¹⁵⁶, a través del cual, atendiendo a que en su condición de derecho continente contiene “las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada, etc.)”¹⁵⁷, se haga viable la tutela y el ejercicio de su derecho de defensa, de tal manera que se asegure que la decisión del empleador, respecto a la extinción o continuación del vínculo laboral durante el periodo de prueba, sea justa y razonable, y no se limite a ser fruto de un acto discriminatorio.

¹⁵⁶ STC Exp. N° 00917-2007-AA/TC, F.J. 14.

¹⁵⁷ STC Exp. N° 03075-2006-AA/TC, F.J. 4.

La necesidad de otorgar un debido procedimiento que permita cuestionar la extinción del contrato de una trabajadora gestante por no superación del periodo de prueba brota de la protección reforzada que puede ser conferida a ésta. Y es que, sobre dicha protección la Corte Constitucional de Colombia, ha referido que “la acción de tutela resulta procedente, de manera excepcional, para solicitar la protección reforzada de la maternidad en el ámbito del trabajo, despojándose de su carácter subsidiario para convertirse en un mecanismo de defensa principal, por lo menos, en dos supuestos: ‘(i) cuando la persona que reclama la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada, es un sujeto de especial protección constitucional, como el caso de las madres gestantes y de las madres y sus hijos recién nacidos”¹⁵⁸.

Visto ello, resulta necesario justificar qué se entiende por debido procedimiento y cuál es su finalidad. En este sentido, de nuestra Constitución en su Artículo 139, inciso 3 se desprende la siguiente norma N139.3: “Está ordenada la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”, la misma que confirma la necesidad de respetar el debido proceso y de la cual se infiere que la aplicación de tal derecho es de alcance general. “Se trata, pues, de una exigencia de justicia que brota de la naturaleza misma de la persona, y que por esa razón bien puede ser tenida como exigencia natural o humana de justicia. Si el derecho tiene que ver con lo debido y, por lo tanto, con lo justo, en este punto existe ya un derecho natural o humano: el derecho al proceso debido”¹⁵⁹.

En este sentido, el Tribunal Constitucional peruano ha precisado que “el derecho al debido proceso previsto por el artículo 139.3 de la Constitución Política del Perú, aplicable no sólo a nivel judicial sino también en sede administrativa e incluso entre particulares, supone el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos y conflictos entre privados, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto que pueda afectarlos”¹⁶⁰, entonces, desde dicho análisis, el Tribunal Constitucional ha establecido que el debido procedimiento resulta también aplicable a las relaciones privadas, como lo es un contrato de trabajo, y tendrá parte de su contenido la garantía del derecho de defensa de los trabajadores, como es la madre gestante.

¹⁵⁸ Sent. T-499A, 8/4/2017 Corte Constitucional de Colombia, F.J. 3.4.3, último párrafo.

¹⁵⁹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Tomo II, segunda edición, Lima, Palestra Editores, 2006, p. 59.

¹⁶⁰ STC Exp. N.º 03891-2011-AA/TC, F.J. 12.

Desde la jurisprudencia comparada, la Corte Constitucional de Colombia tiene dicho que el “derecho a la defensa extiende su ámbito de aplicación por fuera de los procedimientos administrativos y judiciales y se hace oponible a los empleadores particulares, cuando pretendan dar por terminado unilateralmente un contrato de trabajo por justa causa. En concreto, esta aplicación del derecho a la defensa presupone dos obligaciones concretas por parte del empleador. La primera, manifestarle al trabajador los hechos concretos por los cuales va a ser despedido y, la segunda, darle la oportunidad de contravenir las imputaciones que se le hacen”¹⁶¹.

Dichos pronunciamientos justifican la existencia de un debido procedimiento, el cual trasciende el plano judicial y administrativo para aplicarse a la relación entre privados, siendo que, en el ámbito laboral, surte efectos demandando su existencia para garantizar que el trabajador pueda ejercer el derecho de defensa como parte del contenido del debido procedimiento, con el objetivo de que éste conozca los motivos de la extinción del contrato laboral y, de ser el caso, tenga la posibilidad de contradecirlo en un tiempo oportuno.

Por tanto, dado que el derecho de defensa “se constituye como fundamental y conforma el ámbito del debido proceso, siendo presupuesto para reconocer la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión”¹⁶²; resultará vital que en el contexto en que el empleador pretenda materializar la resolución del contrato laboral de la trabajadora gestante durante el periodo de prueba, exista la necesidad de respetar y acogerse al derecho a un debido procedimiento, en razón a que, ofrecerá las condiciones necesarias para que las partes involucradas, especialmente las trabajadoras gestantes, puedan expresar su derecho de defensa ante cualquier accionar que les genere perjuicio o les sugiera la imposibilidad de hacer valer sus derechos, conforme lo establece el ordenamiento jurídico..

Y es que con la implementación de dicho procedimiento también se pretende hacer prevalecer “el principio de estabilidad en el empleo y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a la interdicción de la indefensión se convierten en el hilo conductor por el que circulan aquellas notas caracterizadoras que aplicamos a la extinción de la relación laboral por voluntad unilateral del empresario durante el período de prueba en la medida que sea posible atendiendo al fundamento y finalidad de esta figura”¹⁶³.

¹⁶¹ Sent. T-1302194,22/05/2006 Corte Constitucional de Colombia, F.J. 2.1.

¹⁶² STC Exp. N° 04910-2012-AA/TC, F.J. 4.3.1, tercer párrafo.

¹⁶³ PIQUERAS PIQUERAS, María del Carmen, *La extinción del contrato durante el período de prueba como despido*, ob. cit., pp. 35-36.

Consecuentemente, el derecho de defensa, como parte del contenido del derecho al debido procedimiento, permitirá concluir que el procedimiento de no superación de periodo de prueba planteado, por un lado, hace viable que la trabajadora gestante invoque la nulidad de la resolución de su contrato de trabajo dentro del periodo de prueba y formule los descargos que considere necesarios en orden a contradecir la decisión de su empleador y demostrar que es una trabajadora que reúne las condiciones requeridas para el puesto de labores en la empresa y, por otro lado, al empleador, quien atendiendo a lo expuesto por la trabajadora gestante tendrá la oportunidad de ratificar su decisión, acreditando sus afirmaciones a través de medios probatorios idóneos que demuestren la falta de adecuación de la trabajadora gestante respecto de las funciones que le fueron encomendadas durante el periodo de prueba, o en su defecto rectificando la misma, disponiendo la subsistencia del vínculo laboral y por ende, permitiendo que el periodo de la evaluación tenga una solución de continuidad hasta que alcance la superación de tal periodo o se encuentren verdaderos argumentos para resolver el contrato unilateralmente de forma justificada.

Por ello, vista la importancia de un debido procedimiento en la extinción del contrato laboral durante el periodo de prueba, como medio para garantizar el derecho de defensa de la trabajadora gestante y asegurar que la resolución del contrato obedezca a una causa justa y razonable, más no a un acto discriminatorio del empleador, corresponde pronunciarse en el apartado siguiente, sobre la naturaleza que dicho procedimiento ostentaría para su invocación. Primero deberá gozar de una estructura que lo haga accesible, y luego una regulación que lo establezca y finalmente, unas finalidades concretas a las que se pueda arribar con su invocación.

4.3. Naturaleza del procedimiento de no superación del periodo de prueba

El procedimiento de no superación del periodo de prueba en su calidad de proceso debido debe ostentar garantías constitucionales que permiten que dicho proceso sea justo, es decir, que la naturaleza de este procedimiento regular demanda ser entendido como un derecho complejo, que a su vez se encuentra compuesto por otros derechos, de los cuales es prioritario abordar el derecho a la debida motivación y el derecho a la defensa, en la medida que el desarrollo pleno y correcto de estos derechos permitirá que las partes que componen la controversia observen que sus pretensiones fueron valoradas y que el resultado de dicho procedimiento fue el que realmente se condice con las exigencias de justicia y por ende resulte acorde al contenido constitucional del derecho al trabajo.

Dado que el derecho al debido procedimiento es de aplicación a los conflictos entre privados, y considerando que solo a través de dicho derecho y de sus garantías implícitas se podrá obtener una decisión justa, se puede inferir el primero de sus componentes: la debida motivación, derecho que exigirá al empleador que tomó la decisión de dar por resuelto el contrato laboral de la trabajadora gestante por no superación del periodo de prueba, cumplir la obligación especial de justificar cuáles fueron las razones o motivos objetivos que le compelieron a adoptar dicha decisión, puesto que, en caso no se aprecie dicha justificación, se entenderá que la resolución del contrato de trabajo obedece a un factor discriminatorio (estado de gestación de la trabajadora) deviniendo en nulo por vulnerar derechos fundamentales, como el derecho al trabajo, en su dimensión prestacional de permanencia en el empleo y trasgredir su contenido, en su componente al derecho a la igualdad.

Sobre el derecho a la debida motivación como contenido del debido procedimiento, el Tribunal Constitucional tiene dicho que, “se vincula a la necesidad de que las resoluciones, en general, y las resoluciones judiciales, en particular, estén debidamente motivadas, por ser éste un principio básico que informa el ejercicio de la función jurisdiccional, y, al mismo tiempo, un derecho de los justiciables de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente propuestas”¹⁶⁴. Así, la decisión de no superación del periodo de prueba determinada por el empleador será justa, debida, razonable y por ende constitucional, solo si fue debidamente justificada con razones objetivas.

Luego, el segundo componente del derecho al debido procedimiento, radicará en la existencia de un derecho de defensa, el cual implicará “el derecho a no quedar en estado de indefensión se conculca cuando los titulares de los derechos e intereses legítimos se ven impedidos de ejercer los medios legales suficientes para su defensa”¹⁶⁵, por lo que para que el procedimiento sea debido, tendrá que asegurar, desde su naturaleza, que la trabajadora gestante tenga la posibilidad, en un plazo prudencial, de presentar descargos contra la decisión del empleador orientada a extinguir el contrato durante el periodo de prueba, con la finalidad de que se analicen sus argumentos y se tome una decisión justa que no vulnere el derecho al trabajo ni cualquier otra garantía constitucional.

¹⁶⁴ STC Exp. N° 03433-2013-AA/TC, F.J. 4.4.1.

¹⁶⁵ STC Exp. N° 00616-2011-HC/TC, F.J. 4.

Así, independientemente de que la decisión del empleador haya sido o no debidamente motivada, se debe conferir a la trabajadora gestante la posibilidad real de efectuar sus descargos, los mismos que estarán orientados a contradecir los argumentos y afirmaciones del empleador, solicitando que éste de marcha atrás en su intención de resolver el contrato atendiendo a que la trabajadora, demostró por su desempeño en el puesto, ser la persona indicada para cubrir la posición en la empresa.

Vistos dos de los componentes del debido procedimiento, se puede acotar que solo a través de tales garantías será factible verificar si la decisión del empleador que da por no superado el periodo de prueba respecto de una trabajadora gestante, es una decisión justa y razonable que no se sujeta a cuestiones discriminatorias, que superó el control de constitucionalidad y que, por ende, garantizó, primero, la existencia de una decisión adoptada por el empleador debida y correctamente motivada y, segundo, el derecho de defensa de la trabajadora gestante, para contradecir los argumentos de aquel.

Así, este procedimiento puede ser asimilado o recibir el mismo tratamiento que el procedimiento de despido que viene regulado en el Artículo 31 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en tanto éste prevé la posibilidad de gozar de una fase de descargos a favor de la trabajadora gestante y otorga la posibilidad de que el empleador motive su decisión y pueda emitirla acorde a justicia y con razones objetivas que despejen toda duda de discriminación.

El procedimiento de no superación del periodo de prueba debería estar estructurado de la siguiente forma: primero, debe garantizar que el empleador tenga la posibilidad comunicar formalmente su decisión de extinción del vínculo laboral por no superación del periodo de prueba a la trabajadora gestante, motivando cuáles son sus razones y adjuntando, de ser el caso, los medios probatorios que sustentan sus afirmaciones.

Segundo, deberá de otorgar a la trabajadora gestante la posibilidad de que, en el plazo de 6 días naturales, pueda efectuar su derecho de oposición a la decisión, esbozando sus descargos y solicitando se revoque la extinción del contrato de trabajo por no superación del periodo de prueba, requiriendo su continuación en el puesto, mientras que, a su vez, el empleador tendrá la facultad de exonerar o no a la trabajadora gestante de asistir al centro de labores, durante el tiempo que dure el procedimiento, sin que ello suponga la sustracción al cumplimiento de pago de sus remuneraciones durante tal periodo.

Como tercer punto, deberá otorgar al empleador la facultad de emitir una decisión final que le permita ratificar su decisión disponiendo la extinción del contrato de trabajo y

el cese de la relación laboral, o rectificar la misma, permitiendo que la trabajadora continúe en el puesto de labores hasta que supere el periodo de prueba o hasta que se configuren verdaderos indicios que promuevan el procedimiento de no superación del periodo de prueba de forma correcta, contemplando las garantías esenciales de debida motivación y derecho de defensa, como garantías del derecho al debido procedimiento.

Finalmente, como cuarto punto, deberá disponer el agotamiento de la vía administrativa o pre judicial y otorgar, a la trabajadora gestante, la posibilidad de recurrir judicialmente a la acción de despido nulo ante la autoridad competente, con el objeto que un tercero ajeno al conflicto pueda determinar quién hizo ejercicio legítimo de su derecho, y quien, por el contrario, se extralimitó en el mismo. Por ende, como efecto inmediato de la acción de despido nulo, deberá contemplarse la posibilidad de que la trabajadora gestante pueda solicitar su reposición en el puesto y, solo excepcional y voluntariamente, asimilar su pretensión, una vez otorgada la misma, a la indemnización por despido arbitrario.

4.4. Armonización entre el procedimiento de no superación del periodo de prueba y el contenido del derecho al trabajo

Como hemos visto con la implementación de un procedimiento de no superación del periodo de prueba se promoverá que la decisión del empleador no sea fruto de su accionar discriminatorio, sino que se adopte ajustada a causas objetivas, que encausen debida y razonablemente la extinción del vínculo laboral, habiéndose respetado el derecho de defensa de la trabajadora gestante, así como garantizado el cumplimiento al deber de motivación que incluso entre particulares, debe ser acatado.

El establecimiento de un procedimiento que permita determinar si la decisión del empleador (dar por extinguido el vínculo laboral de una madre gestante por no superación del periodo de prueba) ha sido acorde al ordenamiento jurídico y a las exigencias del principio de igualdad, ofrece una reforzada protección a este sujeto de derechos, puesto que, actualmente, en nuestra legislación laboral privada, en el apartado de la regulación correspondiente al periodo de prueba, da pie a que el empleador, bajo la facultad discrecional de no superación del periodo de prueba, pueda materializar verdaderos actos discriminatorios, vulnerando el contenido constitucional del derecho fundamental al trabajo, en su dimensión prestacional de permanencia en el empleo. Justamente por ello, es que dicha facultad discrecional que posee el empleador, como parte del contenido del derecho a la libertad de contratación, exige ser armonizado con el contenido del derecho al

trabajo y, estrictamente, con la invocación del procedimiento de no superación con el derecho al trabajo.

Es por ello que, cuando una trabajadora se encuentra gestando, y está sometida al periodo de prueba en su contrato laboral, no podrá el empleador decidir la no superación del periodo de prueba, notificando un comunicado básico y escueto en el que no se justifica en modo alguno tal decisión, sino que con sujeción a un debido procedimiento tendrá que motivar con razones objetivas tal decisión e incluso otorgar un plazo razonable para que la trabajadora pueda contradecir dichos argumentos, caso contrario se estaría afectando el contenido constitucional del derecho al trabajo y el derecho a la igualdad como parte de su contenido.

Por ende, como medida que descargue la presunción de ilicitud en la decisión de dar por finalizado el vínculo laboral de una trabajadora gestante durante el periodo de prueba, surge el procedimiento de no superación de periodo de prueba, que se armoniza con el derecho al trabajo y que hará viable justificar tal decisión, enfocándose, principalmente, en sustentar que la decisión de dar por no superado el periodo de prueba no obedece a razones discriminatorias (estado de gestación de la trabajadora), sino que atiende exclusivamente a motivos objetivos relacionados a la no adecuación del perfil profesional u ocupacional de la trabajadora en el puesto, a su falta de capacidad, bajo rendimiento o mínimo nivel de desenvolvimiento que ocasionó perjuicio en la estructura organizacional de la empresa o que ofrece un riesgo latente para que tal perjuicio llegue a materializar en un futuro próximo.

Con una comprensión adecuada de la vinculación y nexo que debe existir entre el procedimiento de no superación del periodo de prueba aplicable a la relación laboral del empleador con una mujer gestante, y el derecho al trabajo, haremos mención que “la persona humana, como fundamento a partir del cual se desprenden los derechos humanos, es una realidad unitaria y coherente cuya plena realización rechaza cualquier tipo de contradicción interna. Es decir, si los derechos del hombre son desprendimientos o manifestaciones de una realidad unitaria y coherente como le es su naturaleza humana, entonces no puede haber manera que los derechos puedan ser contradictorios entre sí, al punto que puedan entrar en conflicto”¹⁶⁶.

Así, debemos concluir que el procedimiento de no superación del periodo de prueba se armoniza con el contenido del derecho al trabajo en su dimensión prestacional de

¹⁶⁶ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Derechos fundamentales y procesos constitucionales (...)*, ob. cit., p. 57.

permanencia en el empleo, pues evita que por cuestiones arbitrarias o discriminatorias se extinga una relación laboral, permite al empleador justificar por qué razones una determinada trabajadora gestante no es idónea para ocupar un puesto en su estructura empresarial, de modo tal que no se encuentre obligado a continuar contratando a un personal no idóneo al cargo y, finalmente, establece un mecanismo capaz de ofrecer una protección más consistente a favor de la mujer trabajadora en estado de gestación, puesto que le conferirá la posibilidad de defenderse adecuadamente de la decisión adoptada por el empleador, contradiciendo los motivos e incluso aportando sustentos y medios probatorios que respalden su posición.

Consecuentemente, el hecho de implementar un procedimiento que otorgue una protección constitucional reforzada a favor de los derechos de la trabajadora gestante durante el periodo de prueba, frente a posibles actos de discriminación por la condición biológica de la futura madre, representa un avance significativo en la defensa del contenido del derecho al trabajo y, a su vez, pondría de manifiesto el efectivo rol garantista del Estado democrático de Derecho.

En resumen, el procedimiento de no superación del periodo de prueba dentro de la relación laboral entre el empleador y una madre gestante, tal como ha sido propuesto, supone el prevalecimiento de exigencias constitucionales muy bien definidas: el debido procedimiento (debida motivación y derecho de defensa) y el derecho al trabajo, en su dimensión prestacional de permanencia en el empleo, exigencias que impondrán al empleador el deber de motivar debidamente la ruptura del vínculo laboral de una trabajadora gestante durante el periodo de prueba, garantizando un debido procedimiento en la que dicho sujeto de derechos pueda ejercer su derecho de defensa, contradiciendo la decisión del empleador y disipando la posibilidad de que actos discriminatorios encubiertos terminen por vulnerarlo, es decir, evitando que se produzcan despidos discriminatorios encubiertos, y consecuentemente, procurando la permanencia de la trabajadora en los puestos de trabajo.

4.5. Hacia una propuesta de reforma legislativa sobre el periodo de prueba y su procedimiento garantista

Ahora bien, habiendo analizado cuáles son las bondades que representa el que durante el periodo de prueba de una relación laboral de la trabajadora gestante se establezca un procedimiento que impulse y otorgue garantías que contribuyan a determinar

en qué casos corresponde legítimamente tener por no superado el periodo de prueba y por finalizada la relación laboral, y en qué casos es ilegítima la resolución contractual en la medida que con ello se esta configurando un acto de discriminación contra una trabajadora gestante; resulta obligatorio, para la tutela del derecho al trabajo establecer una modificación del primer párrafo del artículo 10 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, una modificación al artículo 6 de la Ley N° 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres y una incorporación que vendrá dirigida al Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado mediante el Decreto Supremo N° 003-97-TR (27/03/1997) sobre la existencia de un procedimiento de no superación del periodo de prueba, a saber:

a) Modificación del tenor del primer párrafo del artículo 10 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado mediante el Decreto Supremo N° 003-97-TR (27/03/1997) en el sentido que dice:

Artículo 10.- El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario.

Sin embargo, resulta más acorde con el contenido del derecho al trabajo de la mujer trabajadora gestante el que se establezca una modificación del texto del referido artículo de correctamente en los siguientes términos:

Artículo 10.- El periodo de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario. No obstante, estará ordenado que el trabajador goce de protección contra el despido nulo, durante el periodo de prueba, siempre que se vulneren sus derechos fundamentales.

Partiendo de dicha modificación del texto del primer párrafo del Artículo 10, se ofrecerá una reforzada protección al contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo en su dimensión prestacional de permanencia en el empleo de la trabajadora gestante toda vez que ello “tiene como finalidad ayudar a la realización de la persona y a obtener de él un medio de subsistencia. Si esta es la finalidad, entonces, forma parte del contenido constitucional del derecho al trabajo el trato digno del trabajador, con respeto irrestricto a sus derechos fundamentales (artículo 23° CP), así como la ‘igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la

categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad' (artículo 7º.c del Pacto internacional de Derechos económicos, sociales y culturales)”¹⁶⁷.

En resumen, con sujeción a la referida interpretación se puede llegar a ofrecer una efectiva y reforzada protección a favor de la trabajadora gestante evitando que, a través de actos discriminatorios, el empleador extinga el vínculo laboral de ésta y como consecuencia de ello, se imponga a éste la obligación de motivar con razones objetivas la resolución del contrato en la etapa de periodo de prueba, garantizando para ello la existencia de un debido procedimiento que haga viable la expresión de su derecho de defensa, solo así la facultad discrecional contenida en el artículo 10 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral no podrá llegar a vulnerar el derecho fundamental al trabajo, en su dimensión prestacional de permanencia en el empleo, armonizado debidamente.

b) Modificación del tenor del artículo 6 de la Ley N° 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, en el sentido que actualmente dispone:

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

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

Sin embargo, resulta más acorde con el contenido del derecho al trabajo de la mujer trabajadora gestante el que se encuentre redactado en los siguientes términos:

Artículo 6. Prohibición de despido, de dar por no superado el periodo de prueba y la no renovación de contrato por motivos vinculados con la condición del embarazo o el período de lactancia.

Queda prohibido que la entidad empleadora despida, determine la no superación del periodo de prueba o no renueve el contrato de trabajo por motivos vinculados con la condición de que las trabajadoras se encuentren embarazadas o en período de

¹⁶⁷ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Derechos fundamentales y procesos constitucionales (...)*, ob. cit., pp. 85-86.

lactancia en el marco de lo previsto en el Convenio OIT 183 sobre protección de la maternidad.

La implementación de esta modificatoria permitirá ofrecer una reforzada protección a favor de la madre gestante durante el periodo de prueba, puesto que sancionará como nula toda extinción del contrato laboral que se produzca durante el periodo de prueba, que no este sustentado en razones objetivas y cuyo único motivo se encuentre vinculado a la condición del embarazo de la mujer trabajadora.

En este punto debe plantearse que, “la exigencia de causa al acto de despido durante el transcurso del período de prueba debe ser entendida como motivo que justifica la decisión empresarial para hacer de éste no un acto arbitrario sino discrecional, y por tanto controlable judicialmente, si el trabajador considera que el poder de desistimiento ha sido ejercido indebidamente”¹⁶⁸.

En resumen, dicha normativa exigirá que, para la finalización o extinción del contrato laboral por la vía de no superación del periodo de prueba respecto de una mujer en estado de gestación, el empleador tenga que motivar adecuadamente la decisión enfocando las razones en cuestiones objetivas relacionadas con el desempeño, capacidad y desenvolvimiento de la trabajadora en el puesto de labores dentro de la estructura organizacional de la empresa. Y es que, “para las extinciones durante el periodo de prueba resulta de aplicación cuando quedan afectados otros derechos fundamentales u otras situaciones incluidas dentro del principio de no discriminación (...). En consecuencia, las extinciones realizadas por estas causas tienen la naturaleza de despido nulo (vid. *Infra*,) e invierten la carga de la prueba”¹⁶⁹.

c) Implementación de un artículo en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado mediante el Decreto Supremo N° 003-97-TR (27/03/1997), que plantee la obligación de un debido procedimiento de no superación del periodo de prueba y cuyo tenor establezca lo siguiente:

El empleador no podrá extinguir el contrato laboral de una trabajadora gestante durante el periodo de prueba por motivos vinculados a la condición de embarazo. Sin embargo, podrá disponer su resolución siempre y cuando existan razones objetivas que

¹⁶⁸ PIQUERAS PIQUERAS, María del Carmen, *La extinción del contrato durante el periodo de prueba como despido*, ob. cit., p. 71.

¹⁶⁹ BALLESTER PASTOR, María Amparo, *El periodo de prueba*, ob. cit., p. 53.

lo justifiquen, para cuyo efecto deberá garantizar la existencia de un procedimiento adecuado, confiriéndole un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulen.

Mientras dure dicho procedimiento el empleador podrá exonerar, por escrito, a la mujer gestante de su obligación de asistir al centro de labores, siempre que ello no perjudique su derecho de defensa y se cumpla con abonar la remuneración y demás derechos y beneficios que pudieran corresponderle.

Finalmente, una vez analizados y valorados los descargos presentados por la mujer gestante, el empleador podrá desistir de su intención de dar por extinguido el contrato o podrá ratificar su decisión para cuyo efecto deberá comunicar a la trabajadora su decisión, por escrito, precisando el motivo de la no superación del periodo de prueba y estableciendo la fecha precisa del cese.

El procedimiento contenido en el proyecto del artículo propuesto hace viable un ámbito de garantías suficientes para que la trabajadora gestante pueda ejercer su derecho de defensa, cuestionar la decisión del empleador (extinguir el contrato de trabajo durante el periodo de prueba), exigir una debida motivación en caso no la tenga y desvelar un acto discriminatorio encubierto, en caso el empleador haya orientado su decisión con expresa vulneración del derecho al trabajo.

En definitiva, debemos concluir que a partir de la implementación de dicho artículo se podrá asegurar que el estado de gestación de la mujer trabajadora no será argumento suficiente que le faculte al empleador la potestad de resolver el contrato de trabajo durante el periodo de prueba, sino que por el contrario, le imponga a éste la obligación de sustentar los motivos de su decisión con miras a garantizar la vigencia del principio de igualdad, derecho al debido procedimiento y del derecho al trabajo.

Capítulo 5

Hacia la determinación del medio adecuado de protección frente al despido nulo (vía judicial ordinaria laboral o vía constitucional)

5.1. El despido nulo y sus efectos en el derecho laboral peruano

El despido nulo ha sido definido como “aquel despido que vulnera o afecta derechos fundamentales y es en esa medida (que afecta derechos primarios constitucionales) que la afectación es superior y requiere de una protección mayor, traducida esta en la reposición del trabajador”¹⁷⁰. La nulidad del despido se deriva “de la conexión directa o inmedita entre el acto del despido y la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico, sancionando como absolutamente ineficaz aquel que obedezca al propósito de restringir, impedir o reprimir el ejercicio de los derechos constitucionales del trabajador”¹⁷¹.

En tal sentido, con la tutela que ofrece el despido nulo se hace factible la protección del derecho al trabajo, en su contenido constitucional “deber de protección del desenvolvimiento de esa relación laboral contratada asegurando la razonable permanencia del trabajador en su puesto de trabajo”¹⁷², permitiendo que dicho derecho tenga “las condiciones para que pueda ser ejercido por todos en igualdad de condiciones”¹⁷³. Siendo así, se debe sostener que el remedio idóneo para tutelar el contenido del derecho al trabajo de la madre gestante durante el periodo de prueba será la declaración de despido como uno nulo, en la medida que sus efectos -tanto el debido como el querido por la trabajadora- restituyen la expectativa defraudada.

Así, si el empleador, sin expresar causa alguna y sin motivar su decisión, extingue de forma unilateral el contrato laboral de una trabajadora, a sabiendas de que ésta se encuentra gestando aun cuando no se haya superado el periodo de prueba, se habrán configurado los presupuestos para declarar el despido nulo, en tanto, se entenderá que la finalización del vínculo laboral se encuentra ligada a actos de discriminación relacionados con el embarazo de la trabajadora gestante. Visto ello, corresponde analizar la institución del despido nulo como mecanismo orientado a salvaguardar el derecho al trabajo de la mujer gestante y sus efectos jurídicos dentro del proceso judicial o constitucional que lo declara. Así

¹⁷⁰ ALVA CANALES, Armando Alfonso, *Despido laboral: nuevos criterios jurisprudenciales*, ob. cit., p. 17.

¹⁷¹ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *El despido en el derecho laboral peruano*, ob. cit., p. 291.

¹⁷² CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Derecho al trabajo y proceso de amparo*, ob. cit., p. 77.

¹⁷³ REY PÉREZ, José Luis, *El derecho al trabajo y el ingreso básico: ¿cómo garantizar el derecho al trabajo?*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 174.

corresponde abordar la regulación positiva que del despido nulo estipula nuestro ordenamiento jurídico.

De acuerdo a lo regulado en el Artículo 29 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado mediante el Decreto Supremo N 003-97-TR, nuestra legislación ha establecido una lista taxativa de situaciones que configurarían el despido nulo:

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

Si el empleador en cualquier momento extingue unilateralmente el contrato de trabajo, y de comprobarse que dicha extinción tiene como origen la vulneración de cualquiera de los derechos fundamentales protegidos en el artículo 29 antes mencionado, se configurará el despido como nulo. Consecuentemente, existe certeza en el pronunciamiento del Tribunal Constitucional cuando indica que “la extinción unilateral de la relación laboral, fundada única y exclusivamente en la voluntad del empleador, está afectada de nulidad -y por consiguiente el despido carecerá de efecto legal- cuando se produce con violación de los derechos fundamentales de la persona, reconocidos por la Constitución o los tratados relativos a la promoción, defensa y protección de los derechos humanos”¹⁷⁴.

Ahora bien, sin perjuicio de las causales que presuponen despido nulo y que se encuentran reguladas en el Artículo bajo comentario, nos es pertinente, por un tema de

¹⁷⁴ STC Exp. N° 00976-2001-AA/TC, F.J. 20.

especialidad, abordar la causal relacionada a la discriminación existente respecto de una trabajadora gestante que se encuentra inmersa en una relación laboral, específicamente durante el periodo de prueba, como fase que integra la relación laboral.

De esta forma, una de las causales que promueve la configuración del despido nulo es la discriminación por embarazo, en cualquier momento del periodo de gestación e incluso 90 días posteriores al nacimiento, por lo que dicha protección tal como está contenida en la ley, debe ser conferida durante toda la relación laboral sin importar su etapa o momento.

Así, como habíamos concluido, el respeto a los derechos de la trabajadora gestante debe estar vigente durante toda la relación laboral, incluso durante el periodo de prueba, en la medida que el derecho al trabajo no tiene distintos grados de efectividad, sino que por el contrario cuando la trabajadora se somete a un relación laboral conserva y refuerza sus derechos en pos de su desarrollo personal y profesional. Justamente por ello, hemos justificado que incluso en dicho periodo de evaluación se le debe otorgar a ésta una protección reforzada, consistente en conferirle la protección contra el despido y la posibilidad de invocar el despido nulo cuando se considere vulnerada en su derecho al trabajo a causa de un acto discriminatorio relacionado con su estado de gravidez.

En razón de ello es que, como hemos señalado, no será constitucional que el empleador ejerza una facultad discrecional desmedida para extinguir el contrato laboral de una trabajadora gestante durante el periodo de prueba, puesto que ello vulneraría el contenido constitucional del derecho al trabajo en su dimensión prestacional del componente de permanencia en el empleo y el derecho a la igualdad y no discriminación, y por ende acarrearía sanción por despido nulo.

Corresponde ahora analizar cuáles son los efectos jurídicos resarcitorios que con el despido nulo se obtienen y verificar si los mismos satisfacen las expectativas de justicia que merece la trabajadora gestante. Es por ello que, al menos en materia de despido, a efectos de la declaración del despido nulo, nuestra legislación en el artículo 40 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral ofrece dos formas de tutela, la primera, la reposición en el puesto y la segunda, la indemnización, a elección de la trabajadora y en fase de ejecución de sentencia, por ello es pertinente analizar el sustento de tales efectos.

Dicho con otras palabras, para los casos de despido nulo, nuestra legislación laboral, si bien ha determinado que la consecuencia jurídica, de declararse fundada una demanda de despido nulo, será la reposición del trabajador a su puesto de labores dentro de la estructura

organizacional de la empresa, también ha dado apertura para que, en ejecución de sentencia, sea el trabajador accionante quien opte por preferir el cobro de la indemnización, como si de un despido arbitrario se tratase.

A modo de colofón, se puede afirmar que, si “la decisión injusta o inconstitucional es la que despide a un trabajador, entonces, declarar la inconstitucionalidad del despido justifica ordenar la reposición del trabajador”¹⁷⁵. No obstante, el hecho de que “el (gobernante) Legislador haya decidido que el trabajador despedido mediante despido nulo pueda optar por una indemnización equivalente a la indemnización por despido arbitrario (en sentido impropio) es una decisión jurídica que ha de ser tenida como constitucional. Es una decisión política y no jurídica que el (gobernante) Legislador decida o no establecer una indemnización mayor para los casos de despido nulo, si acaso encuentra que es una medida idónea para desalentar la práctica de despidos nulos”¹⁷⁶.

Bien vistas las cosas, si el empleador extingue la relación laboral de una trabajadora gestante durante el periodo de prueba, sin motivo objetivo relacionado con su desempeño, se entenderá que dicha resolución contractual obedeció a un acto discriminatorio asociado al estado de gravidez de la trabajadora y por ende se estará ante un despido nulo; el mismo que al declararse fundado tendrá como efecto que el Juzgador disponga la reposición de ésta en su puesto de labores, toda vez que con dicha medida se restituye el derecho al trabajo que fue vulnerado por el acto de naturaleza discriminatoria que materializó el empleador, debemos precisar que la reincorporación de la trabajadora gestante también implicará que se tenga por superado, automáticamente, el periodo de prueba y no solo se adquiera la protección contra el despido arbitrario, sino que como sanción, la relación adquiera la naturaleza indeterminada, pues de esta forma se compele a los empleadores a actuar con sujeción a las exigencias constitucionales.

No obstante, y como se ha justificado precedentemente, también debe reconocerse que, como efecto del despido nulo, la posibilidad de que, en ejecución de sentencia, la trabajadora gestante rechacé su derecho a ser reincorporada y opte por la indemnización por despido arbitrario.

¹⁷⁵ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Derecho al trabajo y proceso de amparo*, ob. cit., pp. 221-222.

¹⁷⁶ Idem, pp. 223-224.

5.2. Naturaleza jurídica de la reposición en el despido nulo

Una vez que se declare fundada la demanda de despido nulo, el efecto inmediato será que el Juzgador disponga que la trabajadora gestante sea reincorporada en su puesto de labores, no solo restituyendole, de esta forma, el derecho al trabajo que le fue vulnerado a causa de motivos discriminatorios, sino, a su vez, sancionando al empleador que perpetró el acto vulnerador de derechos fundamentales, con la superación automática del periodo de prueba al que se encontraba sometida la trabajadora gestante dentro de la estructura organizacional de la empresa, así como modificando la relación laboral de plazo fijo a una de naturaleza indeterminada, es decir, convirtiendo la relación laboral a plazo indeterminado para ofrecer una protección reforzada a favor de la trabajadora gestante.

Dicho ello, corresponde indicar que, en su condición de medida que restituye el derecho al trabajo, la reposición se encuentra regulada en el artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado mediante el Decreto Supremo N° 003-97-TR, último párrafo a través del cual dispone: “En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el artículo 38”, de lo cual brota la siguiente norma N34: “Está ordenado reponer en el empleo al trabajadora, una vez que se declare fundada la demanda de despido nulo, salvo que en ejecución de sentencia éste opte por la indemnización establecida en el Artículo 38”.

Por lo tanto, “en el campo de la protección de un trabajador despedido con base en uno de derechos fundamentales, cualquiera que sea este, significaría la reposición del trabajador, es decir reponer las cosas al estado anterior -a la vigencia del vínculo laboral- a la violación del derecho -el despido-”¹⁷⁷.

Así, el “presupuesto jurídico de la reposición es, pues, la nulidad y consiguiente ineficacia del acto de despido dispuesto por el empleador. Jurídicamente éste no ha existido, motivo por el cual el trabajador debe reasumir sus labores en la empresa, que es lo que, precisamente, configura la reposición”¹⁷⁸, es decir, implicará la restitución en el derecho fundamental al trabajo que fue vulnerado e ilegítimamente restringido por el accionar indebido del empleador.

¹⁷⁷ DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo. *Reposición del trabajador por las vías ordinaria y amparo*, Gaceta Jurídica S.A, Soluciones Laborales, 1° edición, Lima, 2014, p. 8.

¹⁷⁸ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *El despido en el derecho laboral peruano*, ob. cit., p. 326.

En buena cuenta, “la ‘nulidad’ del despido, y su efecto, la reposición del trabajador, establecidas por la ley laboral, guardan congruencia con el sistema general de protección a los derechos fundamentales que deriva de la propia Constitución, que se basa en el principio de la tutela restitutoria, a través de las acciones de garantía”¹⁷⁹.

A través de la naturaleza jurídica de la reposición, entendida como la esencia misma de dicha institución, implicará que le depare a su titular (trabajadora gestante) la potestad de restituirle su derecho al trabajo que indebidamente le fue arrebatado por el empleador al momento en que dispuso, sin justificación alguna ni expresión de causa, la extinción del vínculo laboral durante el periodo de prueba, es decir, le devolverá la facultad de continuar ejerciendo el derecho al trabajo “como expectativa legítima de toda persona a obtener de la sociedad en que vive, un puesto de trabajo que le permita subsistir y desarrollarse”¹⁸⁰, e incluso, como beneficio de dicha reposición, obtendrá la superación automática del periodo de prueba, así como con la declaratoria de indeterminación de la relación laboral a modo de sanción que compela a los empleadores a respetar derechos fundamentales.

5.3. Reposición en el proceso laboral

5.3.1. Según la Ley N° 26636

Sobre el particular debemos señalar que, de conformidad con el Artículo 4, numeral 2, literal a) de la Ley N° 26636, Ley Procesal de Trabajo en adelante LPT se indica: “La competencia por razón de la materia se regula por la naturaleza de la pretensión y en especial de las siguientes normas: (...) 2. Los Juzgados de Trabajo conocen de las pretensiones individuales o colectivas por conflictos jurídicos sobre: a. Impugnación del despido”.

De esta disposición se puede inferir que todas las modalidades de impugnación de despido, en principio, deben ser necesariamente ventiladas en un proceso laboral de naturaleza ordinario, el cual se encontrará presidido por un Juez de Trabajo.

Así, ya inmersos en un proceso laboral, debe analizarse como presupuesto sustancial, a cuál de las partes le corresponde acreditar el supuesto fáctico de despido que se invoque, motivo por el cual resulta fundamental la observancia de lo dispuesto por el Artículo 27 de la Ley N° 26636, LPT aún vigente en la ciudad de Piura,

¹⁷⁹ Idem, p. 335.

¹⁸⁰ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, prólogo de Américo Pla Rodríguez, *Derecho a la estabilidad en el trabajo*, Lima, Asociación Laboral para el Desarrollo ADEC-ATC, 1991, p. 21.

específicamente nos remitiremos a su inciso 3, el cual dispone que: “Corresponde a las partes probar sus afirmaciones y esencialmente: 3. Al empleador la causa del despido; al trabajador probar la existencia del despido, su nulidad cuando la invoque y la hostilidad de la que fuera objeto”.

Entonces de forma general, al trabajador le corresponderá probar la existencia del despido e incluso la nulidad si así la invocase, mientras que, al empleador le asiste la obligación de probar la causa del despido, es decir, acreditar que la extinción de la relación laboral ha sido efectivamente sustentada en alguna de las causas previstas por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

No obstante, como menciona DE LAMA LAURA, “la doctrina ha elaborado un concepto denominado como el principio de facilitación probatoria, el cual tiene como objetivo principal brindar al trabajador la posibilidad de insertar al juicio correspondiente todo tipo de indicio que permita al juzgador ir acopiando argumentos y elaborando presunciones razonables sobre la inconstitucionalidad del cese respectivo”¹⁸¹. Y es que, con lo antes descrito lo que se busca “es que el afectado, aduciendo que su cese obedeció al propósito de lesionar alguno de sus derechos constitucionales, tenga que introducir los indicios mínimos de ilicitud del acto empresarial”¹⁸².

Consecuentemente, la simple “alegación del trabajador de la existencia de una causal de nulidad no determina que el empleador demuestre que se ha producido un despido válido por capacidad o conducta. Se requiere, entonces, de una carga probatoria del trabajador, de la necesaria aportación de indicios y rasgos que puedan crear la convicción el juez sobre la existencia de un despido nulo”¹⁸³.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, cabe efectuar la distinción respecto del tratamiento de la carga de la prueba en el despido nulo para el caso de una trabajadora gestante. En buena cuenta, “la normativa peruana prevé un nuevo trato distintivo en materia de nulidad de despido, que importa una ventaja probatoria para la trabajadora que es despedida durante el periodo de gestación o con posterioridad al parto (hasta noventa días)”¹⁸⁴.

¹⁸¹ DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo. *Reposición del trabajador por las vías ordinaria y amparo*, ob. cit., p. 14.

¹⁸² Ibidem.

¹⁸³ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *Los contratos de trabajo y otras instituciones del derecho laboral*, ob. cit., p. 513.

¹⁸⁴ Idem, p. 512.

Así, “la introducción de indicios conducentes a generar la razonable sospecha de la ilegalidad del despido, no encuentra aplicación en el supuesto del despido de una trabajadora por razones de su estado de gestación. Ello en virtud de que el legislador ha previsto que en este caso, siempre que aquella le haya notificado a su empleador respecto de su estado de gravidez, se presume la nulidad del despido practicado durante cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los noventa días posteriores al parto”¹⁸⁵.

Recapitulando, “si se trata de despidos relacionados con el embarazo de la trabajadora, la LPCL -modificada por la Ley N° 27185- indica que se presume la nulidad si el empleador no acredita la causa justa de despido. Entonces, en este caso, no resultará necesario que la trabajadora presente indicios que presuman la existencia de un despido nulo; si comunicó la trabajadora de su embarazo al empleador -única carga exigida por la ley-, no tendrá que acreditar la causalidad del despido pues la empresa deberá demostrar que el cese se debió a una falta de conducta o capacidad de la trabajadora para obtener una sentencia favorable”¹⁸⁶. No obstante, dicha obligación de informar al empleador puede ceder si el estado de gravidez es notorio, tanto que la exigencia de comunicación al empleador y de prueba documental, resulten innecesarias.

En resumen, la trabajadora gestante cuyo vínculo contractual laboral es extinguido por el empleador durante el periodo de prueba sin justificación alguna tendrá implícita una presunción de nulidad, bastando únicamente que la trabajadora haya comunicado su estado de gravidez al empleador, cuando dicho estado no sea evidente, ya que si el embarazo es notorio, dicha obligación podrá ceder, no resultando exigible a la trabajadora gestante ofrecer medios probatorios para acreditar el despido nulo.

5.3.2. Según la Ley N° 29497

La Nueva Ley Procesal de Trabajo (en adelante NLPT) en su artículo 2, inciso 2 dispone lo siguiente: “Los juzgados especializados de trabajo conocen de los siguientes procesos: 2. En proceso abreviado laboral, de la reposición cuando esta se

¹⁸⁵ DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo. *Reposición del trabajador por las vías ordinaria y amparo*, ob. cit., p. 17.

¹⁸⁶ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *Los contratos de trabajo y otras instituciones del derecho laboral*, ob. cit., p. 511.

plantea como pretensión principal única”, de lo cual brota la siguiente norma N2.2: “Está ordenado que los juzgados especializados de trabajo conozcan en proceso abreviado laboral, los procesos relacionados con la reposición, siempre que esta se plantee como pretensión principal única”.

Y es que en el referido proceso abreviado, se muestra como un proceso de máxima celeridad, ya que después de la interposición de la demanda, el Juez emitirá un auto en el que admitirá a trámite la demanda y citará a las partes procesales a audiencia de conciliación, luego de celebrada esta, y en caso de no arribarse a conciliación, de conformidad con el Artículo 43, inciso 3 de la Ley N° 29497, el demandado podrá presentar su contestación de demanda y se programará fecha de la audiencia de juzgamiento, tal como lo prevé el Artículo 44 de la Ley N° 29497, en la cual podrán confrontar posiciones, participar activamente de la actuación de medios probatorios, fijar sus alegatos de cierre y finalmente tener la posibilidad de obtener el fallo de la sentencia en la misma audiencia, en el plazo no mayor de 60 minutos o someterse a la reserva que efectúe el Juez para emitir sentencia dentro del plazo máximo de 05 días hábiles, tal como lo tiene previsto el artículo 47 de la Ley N° 29497.

Sin perjuicio de ello, cabe recalcar que la NLPT introduce una innovación bastante importante en materia de carga de la prueba, que resulta de aplicación para la protección de la trabajadora gestante, cuando ésta se considera discriminada durante el periodo de prueba, en tanto, establece en su artículo 23, numeral 23.5 lo siguiente: “En aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez debe darlo por cierto, salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

De esta disposición brota la siguiente norma N23.5: “Está ordenado que el Juez dé por cierto el hecho lesivo alegado cuando de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan presumir su existencia, salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

Consecuentemente, se puede afirmar que “la NLPT engloba en un solo artículo, aunque en distintos incisos, la carga de la prueba de la causal de nulidad

alegada por el demandante (trabajador o quien alega la calidad de trabajador) y la posibilidad de que dicha carga probatoria consista en la aportación de indicios, cuestión que no se da en la LPT¹⁸⁷, pues aunque la doctrina establezca una flexibilización, siempre subsistirá el deber de probar. Dicha innovación de la NLPT representa un progreso que abona a la materialización de la protección reforzada a favor de la madre gestante, en tanto le facultará la posibilidad de invocar la inconstitucionalidad de la extinción del contrato laboral durante el periodo de prueba con tan solo manifestar la ausencia de motivación en la decisión del empleador frente a su estado de gravidez, y de esta forma poder obtener la protección que la ley, prevé sobre el derecho de reposición en el puesto de labores.

Finalmente, otro aporte importante en materia de acumulación de pretensiones que trae consigo la NLPT es que, “con derogación del artículo 52 del D.S. N° 001-96-TR mediante la Segunda Disposición Derogatoria de la NLPT, en la vía abreviada laboral pueden demandarse, tanto la pretensión restitutoria (reposición en el puesto de trabajo), como la indemnizatoria, bajo la figura de la acumulación subordinada, de tal forma que en el supuesto que la primera sea desestimada, se dará paso a que se analice si se está ante un despido arbitrario a efectos de que el demandante pueda obtener la indemnización por despido arbitrario¹⁸⁸. Así, en la NLPT se vislumbra que la tutela que se le confiere al derecho al trabajo frente a posibles despidos es bastante más concreta y adecuada respecto de su predecesora y permite una protección más rápida y efectiva.

5.4. Elementos diferenciadores en la interposición de los procesos judiciales ordinarios y procesos constitucionales

Como se ha dicho, los trabajadores o trabajadoras que consideren vulnerados sus derechos fundamentales, como son: el derecho al trabajo, el derecho al debido procedimiento, el derecho a la igualdad y no discriminación, entre otros (tanto en su contenido constitucional, como en su contenido infraconstitucional); ya sea por haber sido víctima de despidos nulos, arbitrarios, incausados o fraudulentos, tendrán la facultad de accionar judicialmente ante los órganos competentes a efectos de lograr la tutela efectiva

¹⁸⁷ DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo. *Reposición del trabajador por las vías ordinaria y amparo*, ob. cit., p. 21.

¹⁸⁸ Cfr. DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo. *Reposición del trabajador por las vías ordinaria y amparo*, ob. cit., p. 19.

que los reponga en el ejercicio de sus derechos o que, por lo menos, les permita obtener un monto indemnizatorio por la afectación y perjuicios generados con el cese súbito e injustificado en sus labores.

De manera puntual nos referimos a que dichos sujetos tendrán la facultad de incoar un proceso judicial ordinario o decantarse por accionar un proceso constitucional para lograr la salvación de sus derechos y, en buena cuenta, alcanzar la posibilidad de que con el imperio de la Ley, se imponga la sanción prevista a quienes afectaron sus derechos fundamentales y, consecuentemente, se opte por la materialización de la tutela judicial con la recta administración de justicia y su correlativa paz social.

En este orden de ideas, a nivel de nuestra práctica jurídica hemos podido advertir que se viene incurriendo en diversas confusiones al momento de accionar dichos procesos. Y es que, en no pocas circunstancias, se desconoce cuáles son las condiciones para la interposición de cada uno de ellos, lo que ha desencadenado que muchas causas susceptibles de ser vistas por la justicia ordinaria sean tramitadas en el fuero constitucional bajo el único argumento de máxima celeridad y sumariedad de los mismos (amparización), lo cual no es solo una incorrección jurídica, sino que también genera dilaciones indebidas en la administración de justicia. Por ende, no podemos continuar nuestro análisis sin, al menos, efectuar un bosquejo de los presupuestos que nos guíen de forma certera para poder definir si nuestra controversia jurídica debe ser tramitada al interior de un proceso judicial ordinario o, si por el contrario, resulta más idónea la apertura de un proceso constitucional.

Así, debemos señalar que existen, por lo menos, tres elementos diferenciadores entre los procesos judiciales ordinarios y los procesos constitucionales; el primero de ellos, radica en que los procesos judiciales ordinarios están diseñados para brindar la protección, tanto al contenido constitucional, como al contenido infraconstitucional de un derecho fundamental cuyo tutela se lleva a debate, en cambio los procesos constitucionales únicamente ofrecerán salvaguarda al contenido constitucional de un derecho fundamental. Consecuentemente, si a su centro son llevados agresiones al contenido infraconstitucional de un derecho fundamental, se habrá incurrido en la causal de improcedencia regulada en el Artículo 5, inciso 1 del Código Procesal Constitucional, del que brota la siguiente norma N5.1: “Está ordenado que no procedan los procesos constitucionales cuando los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”.

Bien vistas las cosas, “si bien es cierto que todos los procesos judiciales son idóneos para defender el contenido jurídico de los derechos fundamentales, también es verdad que debido al valor de la Persona y al valor de la Constitución, está justificada la existencia de unos procesos especiales destinados a la defensa del contenido constitucional de los derechos fundamentales, de modo que los procesos de amparo (habeas corpus y habeas data) aparecen como esencial y radicalmente inidóneos para atender la protección del contenido infraconstitucional o accidental de los derechos fundamentales”¹⁸⁹.

El segundo elemento diferenciador se enfoca en que los procesos judiciales ordinarios gozan de un etapa probatoria que le faculta a las partes el ofrecimiento, cuestionamiento y actuación de medios probatorios que sustenten sus pretensiones y generen convicción en el juzgador; a diferencia de ello, los procesos constitucionales se caracterizan por ser sumarios, es decir, que en su tramitación ostentan máxima celeridad en pos de la salvación inmediata y pronta del contenido esencial del derecho fundamental, puesto que ofrecen tutela urgente con la finalidad de que no se produzca el riesgo de que la agresión se convierta en irreparable, razón por la cual en su composición no existe etapa probatoria, siendo que únicamente se admitirán medios probatorios que no requieren actuación y siempre que el Juzgador lo considere necesarios. Esto último se establece en el Artículo 9 del Código Procesal Constitucional, del cual brota la siguiente norma N9: “Está ordenado que en los procesos constitucionales no exista etapa probatoria, solo excepcionalmente, serán procedentes los medios probatorios que no requieran actuación sin que con ello se afecte la duración del proceso”.

Y es que, en dicho orden expositivo la cuestión decisiva “no es la prohibición de actuación de pruebas, sino la duración sumaria del proceso constitucional como medio para salvar el contenido constitucional del derecho fundamental y con ello reestablecer la posición jurídica de la Persona y de la Constitución alteradas por un agresión iusfundamental”¹⁹⁰.

El tercer y último elemento diferenciador radica en la propia esencia de cada proceso, sobre el particular, haremos referencia al proceso de amparo (cuyo análisis es de suma importancia para el presente trabajo). Y es que, mientras que el proceso de amparo, en su condición de proceso constitucional, se constituye como un proceso especial al cual solo se recurre ante una agresión manifiesta del contenido constitucionalmente protegido

¹⁸⁹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Derecho al trabajo y proceso de amparo*, ob. cit., p. 179.

¹⁹⁰ Idem, p. 183.

de un derecho fundamental y siempre que no exista una vía judicial ordinaria igualmente satisfactoria, por su carácter residual; a los procesos judiciales ordinarios se podrá recurrir siempre, aunque no sea vía procedimental igualmente satisfactoria que el amparo.

Siendo así, debe reconocerse pues, que los procesos constitucionales “son las vías específicas que se cuentan para efectivizar el control de constitucionalidad de manera directa o indirecta, y el mecanismo procesal que se aplica para garantizar efectivamente la protección de los derechos humanos”¹⁹¹. No olvidemos que su protección inmediata viene impuesta por la naturaleza misma del derecho fundamental, la cual se enfoca en la dignidad humana de la persona. Mas aún, si consideramos que la finalidad de los procesos constitucionales, entre ellos la acción de amparo es “preservar la integridad del derecho constitucional y, consecuentemente, hacer cesar de modo rápido toda situación de restricción, sacrificio o violación que pudieran sufrir en su contenido jurídico los derechos con rango constitucional”¹⁹².

Por ende, en palabras de CASTILLO CÓRDOVA, para arribar a una correcta procedencia de la acción de amparo, se debe analizar la norma que se desprende del Artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional la cual, “podría ser enunciada así:

N5.2: Está prohibida la demanda de amparo cuando exista una vía procedimental específica igualmente satisfactoria para la protección del contenido constitucional del derecho fundamental agredido manifiestamente”¹⁹³, la misma que concretada con el Artículo 200, inciso 2 de la Constitución Política del Perú supone la siguiente redacción que contempla norma constitucional directamente estatuida, norma constitucional de origen legal y norma constitucional adscripta de origen jurisprudencial:

“N200.2: Está permitido el proceso de amparo frente a agresiones manifiestas del contenido constitucional de los derechos fundamentales protegidos por el amparo, *salvo exista una vía procedimental específica igualmente satisfactoria que el amparo para la protección del contenido constitucional del derecho fundamental. Un proceso ordinario es vía igualmente satisfactoria que el amparo cuando copulativamente se cumple en el caso*

¹⁹¹ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, “El Derecho Procesal Constitucional como ciencia. Alcances y contenidos”. En: *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional, Estudios en Homenaje a Hector Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1º edición, Tomo I, 2008, p. 755, citado por BOTTON GIRÓN, Dante Abraham, “El amparo laboral: Evolución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, en *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, Tomo 112, editorial Gaceta Jurídica S.A, Lima, Abril 2008, p. 15.

¹⁹² CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Tomo I, ob.cit., p. 111.

¹⁹³ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Derecho al trabajo y proceso de amparo*, ob. cit., p. 186.

*concreto que: a. el proceso tiene una estructura idónea; b. la resolución que se fuera a emitir en el proceso brinde tutela idónea; c. el tránsito del proceso ordinario no produzca riesgo de irreparabilidad de la agresión; y d. no exista necesidad de tutela urgente*¹⁹⁴.

En conclusión, visto desde el aspecto de protección del derecho al trabajo, “el proceso constitucional de amparo procede cuando exista agresión manifiesta del contenido constitucional de un derecho fundamental y no exista una vía judicial tan sumaria y eficaz como el amparo. Predicado esto del derecho fundamental al amparo, la formulación sería la siguiente: procede el proceso constitucional de amparo cuando exista agresión manifiesta del contenido constitucional del derecho fundamental al trabajo y no exista un proceso judicial laboral tan sumario y eficaz como el amparo”¹⁹⁵.

5.5. Reposición en el proceso de amparo: un comentario sobre la vía igualmente satisfactoria

Como hemos sostenido, nuestro ordenamiento jurídico ha previsto la existencia de procesos especiales, sumarios y que gozan de una particular celeridad en su tramitación en la medida que no contarán con etapa probatoria, únicamente se admitirán medios probatorios que no requieran actuación y sean considerados por el Juzgador constitucional como relevantes para dar solución a la materia controvertida; siendo que todas estas singularidades vendrán orientadas a cumplir una finalidad máxima, la cual se enfoca en el hecho de salvaguardar el contenido constitucional de los derechos fundamentales, ya que, el contenido infraconstitucional de los mismos podrá ser abordado como materia controvertida a través de los procesos judiciales que ha previsto la justicia ordinaria.

Así, nuestro ordenamiento jurídico ha previsto procesos constitucionales como el hábeas data, el hábeas corpus, acción de cumplimiento y la acción de amparo; no obstante, nos será de suma importancia referirnos a la acción de amparo, la cual en su condición de proceso constitucional regulado en el artículo 1 del Código Procesal Constitucional, “tiene como finalidad la protección de los derechos fundamentales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de los mismos, lo cual implica que quien

¹⁹⁴ Idem, p. 190. Vease que, por una cuestión de orden expositiva, el autor ha señalado que la parte no resaltada es la norma constitucional directamente estatuida, la parte en cursiva es la norma constitucional de origen legal, y la parte en cursiva y negrita es la norma constitucional adscripta de origen jurisprudencial.

¹⁹⁵ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Derecho al trabajo y proceso de amparo*, ob. cit., pp. 191-192.

pretenda obtener la tutela de sus derechos a través de la justicia constitucional deberá acreditar, ante todo, ser titular de los derechos cuya afectación o amenaza se denuncia”¹⁹⁶.

En buena cuenta, dicha garantía constitucional (acción de amparo) tutela, salvaguarda y restituye el contenido constitucional de los derechos fundamentales que no son coberturados por el hábeas data y el hábeas corpus frente a cualquier acto lesivo que pueda trasgredirlos o que ya haya proferido una vulneración efectiva, recordemos que dicho “contenido constitucional de los derechos fundamentales tiene un valor tanto para la Persona como para la Constitución; vulnerarlo es negar el valor de la Persona y la posición de la Constitución. Esta es la razón que permite sostener que toda agresión producida contra el contenido constitucional o esencial de los derechos fundamentales siempre será grave al menos desde una perspectiva objetiva, aunque subjetivamente el concreto titular agredido no lo perciba así”¹⁹⁷.

Y es que, “el acto lesivo que se pretenderá resarcir con la acción de amparo, así como con cualquier otro proceso constitucional “debe ser *personal*, en la medida que la violación constitucional o el daño real debe recaer en una determinada persona, la cual debe encontrarse plenamente identificada; debe ser *concreto*, en el aspecto que el daño que se pretende reparar sea efectivo, cierto y actual. Además, el acto lesivo tiene que ser *ilegítimo*, es decir, que su origen y causas contravengan lo dispuesto por ley y por la Constitución, de lo que consecuentemente dimana su *arbitrariedad*, ya que su presencia no obedece a ningún aspecto contenido en nuestro ordenamiento jurídico, sino que por el contrario transgrede de modo manifiesto el contenido esencial del derecho fundamental”¹⁹⁸.

Por lo tanto, de cara a la protección del derecho al trabajo como derecho fundamental, se puede afirmar que el amparo laboral, como proceso constitucional, está llamado a reponer las cosas al estado anterior de la violación del derecho al trabajo que se materializa con el despido perpetrado por el empleador cuando éste determina la extinción de la relación laboral con una trabajadora gestante durante el periodo de prueba sin justificación alguna, y cumplirá con su finalidad consustancial solo si asegura que la trabajadora afectada pueda ser repuesta en su centro de labores con prontitud, es decir, que

¹⁹⁶ STC Exp. N° 00474-2016-AA/TC, F.J. 5.

¹⁹⁷ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Derecho al trabajo y proceso de amparo*, ob. cit., p. 181.

¹⁹⁸ VITE TALLEDO, Francisco E., *La Constitucionalidad de la determinación y ejecución del mandato de detención judicial y su protección a través del Hábeas corpus(...)*, ob. cit., p. 168.

se le restituya en el ejercicio de su Derecho, en la medida que su vulneración obedeció a aspectos discriminatorios.

No obstante, pese a la funcionalidad adecuada de la acción de amparo para ofrecer tutela urgente al contenido constitucional del derecho al trabajo, aún existe controversia respecto de la siguiente interrogante: ¿cuándo el justiciable puede incoar el proceso constitucional de amparo y cuando deberá recurrir al proceso judicial ordinario por ser una vía específica, igualmente satisfactoria, en la salvaguarda de su derecho constitucional?

Para resolver a esta interrogante, debe partirse del artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional, que dispone que “No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 2. Existen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazada o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus”; y del brota la norma N5.2: “Está ordenado que no procedan los procesos constitucionales cuando existen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo en los procesos de hábeas corpus”.

Entonces, para determinar cuándo resulta procedente el amparo por despido nulo y no un proceso judicial ordinario, como mecanismo para impugnar la decisión inmotivada del empleador de extinguir el vínculo laboral de la trabajadora gestante durante el periodo de prueba, deben concurrir tres elementos: “Primero que se haya agredido el contenido constitucional de un derecho fundamental; segundo, que la agresión sea manifiesta y, tercero, que no exista vía igualmente satisfactoria”¹⁹⁹.

Respecto del primer elemento se debe mencionar que, la propia naturaleza del despido nulo, exige “que el despido se haya producido con vulneración de un derecho fundamental en su contenido constitucional”²⁰⁰, lo que concurre en el supuesto bajo análisis puesto que si el empleador decide extinguir el vínculo laboral de una trabajadora gestante durante el periodo de prueba, sin razones objetivas vinculadas a su desempeño y más bien asociadas a un acto discriminatorio, habrá vulnerado el contenido del derecho fundamental al trabajo en su dimensión prestacional de permanencia en el empleo, así como en su componente de respeto al derecho a la igualdad y no discriminación.

Ahora bien, respecto del segundo elemento consistente en la existencia de una agresión manifiesta, se debe precisar que la “agresión será manifiesta cuando los hechos

¹⁹⁹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Derecho al trabajo y proceso de amparo*, ob. cit., p. 221.

²⁰⁰ *Ibidem*.

sobre los cuales se configura son pasibles de probarse a través de medios de prueba que no requieren una etapa de actuación probatoria, es decir, a través de medios de prueba de actuación inmediata”²⁰¹. Consecuentemente, para que el despido nulo sea invocable a través del amparo, los hechos que materializan la agresión deben poderse probar sin recurrir a una etapa probatoria, caso contrario, si los “hechos requiriesen de una etapa de actuación probatoria, el camino procesal procesal de defensa que se ha de seguir será la vía judicial ordinaria, pensada esencialmente para atender cuestiones litigiosas”²⁰².

Por ello, es que acierta CASTILLO CÓRDOVA al concluir del artículo 200, inciso 2 de la Constitución Política del Perú, la siguiente norma:

“N200.2: Está permitido el proceso de amparo frente a agresiones manifiestas del contenido constitucional de los derechos fundamentales protegidos por el amparo”²⁰³.

De lo cual, se puede concluir que, si se impide la interposición de la acción de amparo cuando nos encontramos ante una agresión evidente y manifiesta al contenido constitucional del derecho fundamental, se atacará directamente el contenido de la norma bajo comentario, puesto que se vaciará el contenido mismo de la acción de amparo y se restringirá indebidamente el acceso al justiciable de una garantía eficaz para salvaguardar y reponer en el ejercicio del derecho constitucional al sujeto afectado.

Finalmente, el tercer elemento presupone que para que el despido nulo sea tramitable en la vía de amparo, no debe existir una vía procedimental, específica, igualmente satisfactoria, que permita la salvación del derecho fundamental al trabajo, es decir, solo será invocable el amparo siempre que en la vía ordinaria no exista un proceso capaz de ofrecer similar tutela al derecho.

Dicho ello, resulta prudente mencionar que el Tribunal Constitucional ha reproducido fundamentos jurídicos objetivos y subjetivos que contribuirán a identificar cuándo nos encontramos ante una vía igualmente satisfactoria a la del amparo. Así, en la Sentencia emitida en el Exp. N° 02383-2013-PA/TC tiene dicho que: “Desde la perspectiva objetiva, el análisis de la vía específica idónea puede aludir tanto: (1) a la estructura del proceso, atendiendo a si la regulación objetiva del procedimiento permite afirmar que estamos ante una vía celer y eficaz (estructura idónea)', o (2) a la idoneidad de la protección que podría recibirse en la vía ordinaria, debiendo analizarse si la vía ordinaria podrá resolver debidamente el caso iusfundamental que se ponga a su consideración (tutela

²⁰¹ Idem, p. 180.

²⁰² Ibidem.

²⁰³ Idem, p. 185.

idónea). Este análisis objetivo, claro está, es independiente a si estamos ante un asunto que merece tutela urgente”²⁰⁴.

De esta interpretación del Tribunal Constitucional, es posible concluir una norma N13 en los siguientes términos: “Está ordenado, desde una perspectiva objetiva, considerar a una vía ordinaria como igualmente satisfactoria cuando el procedimiento es uno célere y eficaz (estructura idónea), desde el cual pueda obtenerse la salvación efectiva del derecho fundamental agredido (tutela idónea)”²⁰⁵.

También tiene dicho el Tribunal Constitucional que “desde una perspectiva subjetiva, una vía ordinaria puede ser considerada igualmente satisfactoria si: (1) transitada no pone en grave riesgo al derecho afectado, siendo necesario evaluar si transitar la vía ordinaria puede tornar irreparable la afectación alegada (urgencia como amenaza de irreparabilidad) 3. situación también predicable cuando existe un proceso ordinario considerado como ‘vía igualmente satisfactoria’ desde una perspectiva objetiva; (2) se evidencia que no es necesaria una tutela urgente, atendiendo a la relevancia del derecho involucrado o a la gravedad del daño que podría ocurrir (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño)”²⁰⁶.

Desde esta declaración del Tribunal Constitucional es posible concluir la norma N14 en los términos siguientes: “Está ordenado, desde una perspectiva subjetiva, considerar a una vía ordinaria como igualmente satisfactoria si transitarla no pone en grave riesgo la salvación del derecho afectado (urgencia como amenaza de irreparabilidad); y si se evidencia que no es necesaria una tutela urgente (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño)”²⁰⁷.

Así, desde la doctrina, CASTILLO CÓRDOVA, tiene dicho que los fundamentos capaces de determinar si nos encontramos ante una vía específica igualmente satisfactoria se encontrarán comprendidos en la regla jurídica que proviene del fundamento 15 de la referida Sentencia del Tribunal Constitucional, el cual obedece al siguiente tenor: “N15: Está ordenado que un proceso ordinario es vía igualmente satisfactoria que el amparo, cuando copulativamente se cumple en el caso concreto que: a. el proceso tiene una estructura idónea; b. la resolución que se fuera a emitir en el proceso brinde tutela idónea;

²⁰⁴ STC Exp. N° 02383-2013-AA/TC, F.J. 13.

²⁰⁵ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Derecho al trabajo y proceso de amparo*, ob. cit., p. 188.

²⁰⁶ STC Exp. N° 02383-2013-AA/TC, F.J. 14.

²⁰⁷ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Derecho al trabajo y proceso de amparo*, ob. cit., p. 188.

c. el tránsito del proceso no produzca riesgo de irreparabilidad de la agresión; y d. en el caso no exista necesidad de tutela urgente”²⁰⁸.

En el mismo sentido, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la STC 0206-2005-PA/TC, al señalar que “en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate”²⁰⁹.

Para poder determinar concretamente cuándo una trabajadora gestante cuyo empleador extinguió inmotivadamente la relación laboral durante el periodo de prueba, puede impugnar el despido nulo a través de una acción de amparo y cuando será prudente optar por una vía procedimental igualmente satisfactoria, debemos recurrir a lo indicado por el Tribunal Constitucional en la STC 0206-2005-PA, en la cual ha señalado que “los despidos originados en la discriminación por razón de sexo raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, tendrán protección a través del amparo, así como los despidos producidos con motivo del embarazo, toda vez que, conforme al artículo 23° de la Constitución, el Estado protege especialmente a la madre. Deber que se traduce en las obligaciones estatales de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, prohibiendo, en especial, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad, así como la discriminación sobre la base del estado civil y prestar protección especial a la mujer durante el embarazo”²¹⁰, de ello se puede concretar la norma N15 de la STC 0206-2005-PA: “Está ordenado que los despidos originados por discriminación por razón de sexo raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, con motivo de embarazo afectada o por una disminución en sus capacidades físicas o mentales merecerán protección a través del amparo”.

En este orden de ideas, asumiendo los fundamentos expuestos en la STC 0206-2005-PA, CASTILLO CÓRDOVA plantea la siguiente norma: “N16: Está permitido el amparo constitucional para atender demandas fundadas en las siguientes causales que configuran

²⁰⁸ Idem, p. 189.

²⁰⁹ STC Exp. N° 00206-2005-AA/TC, F.J. 6.

²¹⁰ STC Exp. N° 00206-2005-AA/TC, F.J. 15.

despido nulo: vulneración del derecho a la libertad sindical, vulneración del derecho a la igualdad por discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión idioma o de cualquier otra índole, como por la condición de embarazada de la trabajadora o por la condición de impedido físico o mental”²¹¹.

Lo que concordado con la norma que dimana del fundamento 9 de la STC 0206-2005-PA, “N9: Está permitido el amparo constitucional para conocer los casos de urgencia relacionados con la violación de los derechos constitucionales que originan un despido nulo”²¹², permite concluir que, pese a que en nuestro ordenamiento laboral existe un proceso abreviado laboral que se caracteriza por ser “un proceso sumario del que se puede reconocer estructura idónea y tutela idónea (elementos exigidos por la norma N13 de la STC 02383-2013-PA) para la salvación del derecho fundamental al trabajo”²¹³, lo constitucionalmente correcto será que “cuando el despido se base en las causales que refiere la norma N16 de la STC 0206-2005-PA, el proceso laboral abreviado no podrá ser tenido como un vía igualmente satisfactoria debido a que no se ha cumplido la característica prevista y exigida en el norma N14 de la STC 02383-2013-PA, lo que permite sostener la procedencia de la demanda de amparo constitucional para estos supuesto”²¹⁴.

En resumen, cuando nos encontremos ante la decisión inmotivada del empleador de extinguir el contrato laboral de una trabajadora gestante durante el periodo de prueba, la tutela idónea, según lo previsto en la N16 de la STC 0206-2005-PA, se recibirá desde la interposición de la acción de amparo, puesto que la extinción del contrato obedecerá a un supuesto de discriminación por motivo de embarazo, por lo que el proceso abreviado laboral no será, para este caso en particular una vía procedimental igualmente satisfactoria.

²¹¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Derecho al trabajo y proceso de amparo*, ob. cit., p. 227.

²¹² Idem, p. 225

²¹³ Ibidem.

²¹⁴ Idem, p. 227.

Conclusiones

Primera. El contenido constitucional o esencial del derecho fundamental al trabajo, se compone de dos dimensiones que coexisten armoniosamente: *dimensión de libertad*, que otorga a su titular la potestad de trabajar o no, la facultad de aceptar o rechazar un puesto de trabajo o la prerrogativa de cambiar de empleo y una *dimensión prestacional*, integrada por el acceso al empleo, que implica un deber de promoción por parte del Estado y el componente de permanencia en el empleo, sustentado en el principio de estabilidad laboral. Dicho contenido esencial del derecho debe ser conferido tanto a hombres y mujeres en condiciones de igualdad, rechazándose todo tipo de discriminación.

Segunda. La mujer trabajadora en estado de gestación, como persona que es, no puede ser objeto de discriminación por parte de su empleador cuando se encuentra inmersa en una relación laboral, puesto que la preminencia de sus derechos en condiciones de igualdad le viene conferida desde su dignidad como valor supremo del Estado y de la Sociedad.

Tercera. Por esta razón se encuentra prohibido que el empleador en ejercicio de su libertad de contratación, haga depender la permanencia de la mujer trabajadora en su puesto de trabajo de su embarazo. Esta prohibición resulta aplicable a la relación laboral a lo largo de su existencia, sin que existan periodos exentos de salvaguarda de sus derechos, ya que lo contrario supondría la negación de la naturaleza humana.

Cuarta. Consecuentemente, queda prohibido a todo empleador que extinga la relación laboral de una trabajadora gestante, incluso durante el periodo de prueba, sin antes haber expresado razón objetiva, asociada al incumplimiento o trasgresión de la esencia de dicho periodo, ya que una decisión inmotivada haría presumir su naturaleza discriminatoria, lo que contraviene la dimensión prestacional del contenido constitucional del derecho al trabajo en su componente de permanencia en el empleo.

Quinta. La existencia de un periodo de prueba durante la relación laboral no atribuye al empleador la potestad de vulnerar derechos fundamentales de la trabajadora gestante,

solamente le confiere la facultad de evaluar si el personal que acoge dentro de la estructura organizacional de su empresa puede desempeñar correcta y diligentemente el puesto de labores.

Sexta. Para hacer viable la protección reforzada a favor de la trabajadora gestante durante el periodo de prueba, no solo bastará con imponer al empleador la carga de justificar adecuadamente la decisión de disponer la no superación del periodo de prueba, sino que también resultará conveniente establecer la existencia de un procedimiento debido, que otorgue las garantías necesarias a ambas partes para que puedan expresar sus argumentos de defensa, de tal forma que, la decisión final, a la que se arribe, suponga una decisión realmente justa.

Séptima. Así, si se pretende garantizar un debido procedimiento, se recomienda aplicar al periodo de prueba un procedimiento similar al contemplado en el Artículo 31 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado mediante el Decreto Supremo N° 003-97-TR, pues con ello se permitiría a la trabajadora gestante cuestionar la decisión del empleador de dar por no superado el periodo de prueba, sustentada, de forma encubierta, en un factor de discriminación asociado a su estado de gravidez.

Octava. Si el empleador extingue la relación laboral de una trabajadora gestante durante el periodo de prueba, no justifica su decisión y no confiere el derecho de defensa a la trabajadora a través de un debido procedimiento, se estaría ante un proceder inconstitucional por vulnerador del derecho al trabajo en su contenido de permanencia en el empleo y de igualdad y, por tanto, al configurar una de las causales previstas por el artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, exige, por ser esta una medida acorde al contenido esencial del derecho al trabajo, la obligación de que nuestro Legislador, a través de sus facultades, pueda conferir a la trabajadora la posibilidad de accionar un despido nulo, aunque se encuentre vigente el periodo de prueba. Siendo así, el periodo de prueba no puede ser visto como una fase de la relación contractual en la que se permita la vulneración de derechos fundamentales.

Novena. Consecuentemente, a la luz de las exigencias impuestas por la dignidad humana, es necesario que en nuestra legislación se implemente una protección reforzada a favor de la trabajadora gestante, en virtud de la cual, se contemplen al menos los siguientes tres aspectos sustanciales:

- a) Se aplique una presunción de nulidad en la decisión inmotivada del empleador que resuelve el contrato de trabajo de una mujer gestante durante el periodo de prueba.
- b) Se ratifique que la causal que realmente pueda motivar la no superación del periodo de prueba sea aquella que se encuentre relacionada al hecho de que la trabajadora gestante, por su perfil profesional, desempeño, desenvolvimiento o capacidad, resulte no idónea para cubrir las exigencias que establece el puesto de labores dentro de la estructura organizacional de la empresa y se garantice también un debido procedimiento que haga factible cuestionar la decisión del empleador.
- c) Que nuestra legislación nacional prevea como remedio para este despido discriminatorio encubierto, la posibilidad de que la trabajadora gestante pueda interponer la acción de despido nulo, con la finalidad de obtener, como resarcimiento idóneo, la reposición en su puesto de labores, y solo a libre elección de ésta y una vez fundada la pretensión, la indemnización como si de un despido arbitrario se tratase.

Decima. Bajo los presupuestos mencionados, se debe optar por modificar el tenor del artículo 10 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. La modificación que se propone es la siguiente: “Artículo 10.- El periodo de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario. No obstante, estará ordenado que el trabajador goce de protección contra el despido nulo, durante el periodo de prueba, siempre que se vulneren sus derechos fundamentales”.

Decima Primera. Asimismo, se sugiere que el artículo 6 de la Ley N° 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres contemple la prohibición de resolver el contrato por la causal de no superación del periodo de prueba respecto de una trabajadora embarazada y, finalmente, de cara a sustentar la necesidad de implementar un debido procedimiento, se sugiere la incorporación de un artículo en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral que permita que, en la extinción del contrato laboral durante el periodo de prueba, exista un procedimiento garantista que permita exigir una debida motivación y un respeto al derecho de defensa.

Decima Segunda. Finalmente, ante la extinción del contrato laboral de una trabajadora gestante durante el periodo de prueba, que no se sustente en razones objetivas, la ley debe hacer viable que la trabajadora gestante agraviada pueda interponer una acción de amparo ante el despido nulo, por ser esta la vía idónea para la salvación del derecho, ya que, pese a existir, en la justicia ordinaria, un proceso laboral abreviado, este no constituye una vía procedimental igualmente satisfactoria para resarcir el daño proferido.

Referencias bibliográficas

AA. VV., *La Constitución Comentada*. Tomo I, 2º edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.

ALVA CANALES, Armando Alfonso, *Despido laboral: nuevos criterios jurisprudenciales*, Lima, Gaceta Jurídica, 2016.

ÁVALOS JARA, Oxal Víctor, “Alcances sobre la tutela frente al despido de la madre trabajadora”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 207, 2015.

BALLESTER PASTOR, María Amparo, *El periodo de prueba*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, prólogo de Américo Pla Rodríguez, *Derecho a la estabilidad en trabajo*, Lima, Asociación Laboral para el Desarrollo ADEC-ATC, 1991.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *El despido en el derecho laboral peruano*, Lima, Ara Editores E.I.R.L., 2006.

BOTTON GIRÓN, Dante Abraham, “El amparo laboral: Evolución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, en *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, Tomo 112, editorial Gaceta Jurídica S.A, Lima, Abril 2008.

CAIROS BARRETO, D.M, “La confirmación constitucional de la nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada”, en *Relaciones Laborales*, Núm. 22, Madrid, 2008.

CARPIO MARCOS, Edgar. *La Interpretación de los Derechos Fundamentales*, 1º edición, enero 2004, editorial Palestra Editores S.A.C, Lima-Perú.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Debido proceso y tutela jurisdiccional”, en *La Constitución comentada*. Tomo III, 2º edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Tomo I, segunda edición, Lima, Palestra Editores, 2006.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Tomo II, segunda edición, Lima, Palestra Editores, 2006.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Tomo III, segunda edición, Lima, Palestra Editores, 2006.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Principio de proporcionalidad y hábeas corpus“, en *Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Anuario de Derecho Penal*, 2008.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Derecho al trabajo y la adecuada protección contra el despido arbitrario”, en *Igualdad, Derechos Sociales y control de Políticas Públicas en la Jurisprudencia Constitucional, Cuadernos sobre Jurisprudencia Constitucional*, N.º 12, septiembre 2017, Palestra Editores, Lima, 2017.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Derechos Fundamentales y procesos constitucionales*, editorial Jurídica Grijley E.I.R.L, Lima-Perú 2008.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Universidad de Piura. Palestra Editores S.A.C., 3º edición, Agosto 2007, Lima - Perú.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Derecho al trabajo y proceso de amparo*, primera edición, Lima, Palestra Editores, 2017.

CHANAMÈ ORBE, Raúl, *Comentarios a la Constitución*, Quinta edición, Lima, Jurista Editores, 2008.

CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Eunsa, Pamplona, 2000.

DE DOMINGO PÉREZ, Tomás, “La teoría de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, en *Gaceta Constitucional*, tomo 48, Lima, 2011.

DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo. *Reposición del trabajador por las vías ordinaria y amparo*, Gaceta Jurídica S.A, Soluciones Laborales, 1º edición, Lima, 2014.

DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo. *Causales de despido en la Jurisprudencia de Tribunal Constitucional*, Gaceta Jurídica S.A, Soluciones Laborales, 1º edición, Lima, 2015.

DICCIONARIO ESPASA, editorial Espasa Calpe S.A, Madrid, 2007.

ELÍAS MANTERO, Fernando “Derecho al trabajo”, en *La Constitución comentada*. Tomo I, 2º edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.

GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter “Libertad de contratación”, en *La Constitución comentada*. Tomo I, 2º edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.

GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter y **SOSA SACIO**, Juan Manuel “Igualdad ante la ley”, en *La Constitución comentada*. Tomo I, 2º edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.

MARTÍNEZ VIVOT, Julio J, *Discriminación laboral: despido discriminatorio*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2000.

MESÍA RAMÍREZ, Carlos. “El contenido esencial de los derechos fundamentales. Significado, teorías y jurisprudencia”, en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, Tomo N° 02, Lima, 2008.

MONTOYA OBREGÓN, Lesly Marina, “El despido nulo en el marco constitucional y en la jurisprudencia peruana”, en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, Tomo 114, Lima, Gaceta Jurídica S.A, 2017.

NEVES MUJICA, Javier, “Protección contra el despido arbitrario”, en *La Constitución comentada*. Tomo I, 2º edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.

PACHECO ZERGA, Luz, “*El Despido discriminatorio de una mujer embarazada. La ruta hacia la igualdad de oportunidades*”, en *Repositorio Institucional Pirhua*, Universidad de Piura, Lima, 2009.

PECES-BARBA, Gregorio, *Derechos fundamentales*, 4º ed., Universidad Complutense, Madrid, 1996.

PEDRAJAS MORENO, Abdón, *Despido y derechos fundamentales: estudio especial de la presunción de inocencia*, Madrid, Trotta, 1992.

PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos. *En defensa de la Constitución*, 1º edición, Universidad de Piura, Piura, 1997.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. TECNOS. Madrid, 1991. Y PECES-BARBA, Gregorio. *Derechos fundamentales*. Universidad Complutense. Madrid, 1996.

PIQUERAS PIQUERAS, María del Carmen, *La extinción del contrato durante el período de prueba como despido*, 1º edición, Ibidem Ediciones, Madrid, 1995.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, “*Extinción del contrato de trabajo en Uruguay*”, en AA.VV. *La Extinción de la relación laboral*, AELE Editorial, Lima, 1987.

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1992.

QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., “*Extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba y lesión de derechos fundamentales*”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Núm. 164, Pamplona, 2014.

REY PÉREZ, José Luis, *El derecho al trabajo y el ingreso básico: ¿cómo garantizar el derecho al trabajo?*, Madrid, Dykinson, 2007.

RUIZ RIQUERO, José Humberto, “La protección de la trabajadora embarazada y de las personas con discapacidad en el marco de una relación jurídico - laboral”, en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, Tomo 113, Lima, Gaceta Jurídica S.A, 2017.

SALAS VÁSQUEZ, Pedro (editor), *10 años de Sentencias claves del Tribunal Constitucional en diversas materias del Derecho*, Tomo I, Lima, Gaceta Jurídica S.A, 2016.

SEGALÉS, Jaime, *Derecho al trabajo, relación obligatoria y deuda formativa empresarial*, Granada, Comares, 2001.

SERNA, Pedro. “*Derechos Fundamentales: El mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidación e información*”, en *Humana Iura*, N° 04, Pamplona, 1994, p. 225.

TORRES DEL MORAL, Antonio, *Principios de Derecho Constitucional español*, Madrid, Anhter, 1992.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *El derecho individual del trabajo en el Perú: un enfoque teórico - práctico*, Lima, Gaceta Jurídica, 2013.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *Los contratos de trabajo y otras instituciones del derecho laboral*, Lima, Gaceta Jurídica, 2008.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge “Deber y derecho al trabajo”, en Gutierrez Camacho, Walter (Editor), *La Constitución comentada*, Tomo I, 2° edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y **VINATEA RECOBA**, Luis, *Guía Laboral*, Lima, Gaceta Jurídica, 2015.

VITE TALLEDO, Francisco E., *La Constitucionalidad de la determinación y ejecución del mandato de detención judicial y su protección a través del Hábeas corpus*, Piura, Universidad de Piura, Facultad de Derecho, 2014.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CITADAS

- STC Exp. N° 02049-2007-AA/TC.
- STC Exp. N° 00020-2012-AI/TC.
- STC Exp. N° 02273-2005-HC/TC.
- STC Exp. N° 03330-2004-AA/TC.
- STC Exp. N° 01417-2005-AA/TC.
- STC Exp. N° 03850-2011-AA/TC.
- STC Exp. N° 00537-2006-AA/TC.
- STC Exp. N° 03179-2004-AA/TC.
- STC Exp. N° 00228-2009-AI/TC.
- STC Exp. N° 00008-2013-AI/TC.
- STC Exp. N° 02673-2008-HC/TC.
- STC Exp. N° 00263-2012-AA/TC.
- STC Exp. N° 04058-2004-AA/TC.
- STC Exp. N° 02450-2007-AA/TC.
- STC Exp. N° 00661-2004-AA/TC.
- STC Exp. N° 00090-2004-AA/TC.
- STC Exp. N° 01124-2001-AI/TC.
- STC Exp. N° 00018-2003-AI/TC.
- STC Exp. N° 00018-1996-AI/TC.
- STC Exp. N° 05652-2007-AA/TC.
- STC Exp. N° 01151-2010-AA/TC.
- STC Exp. N° 02510-2002-AA/TC.
- STC Exp. N° 02148-2010-AA/TC.
- STC Exp. N° 01869-2010-AA/TC.
- STC Exp. N° 00858-2003-AA/TC.
- STC Exp. N° 02563-2012-AA/TC.
- STC Exp. N° 02456-2012-AA/TC.
- STC Exp. N° 03683-2012-AA/TC.
- STC Exp. N° 00917-2007-AA/TC.
- STC Exp. N° 03075-2006-AA/TC.

- STC Exp. N° 03891-2011-AA/TC.
- STC Exp. N° 04910-2012-AA/TC.
- STC Exp. N° 03433-2013-AA/TC.
- STC Exp. N° 00616-2011-HC/TC.
- STC Exp. N° 00976-2001-AA/TC.
- STC Exp. N° 00474-2016-AA/TC.
- STC Exp. N° 02383-2013-PA/TC.
- STC Exp. N° 00206-2005-PA/TC.
- CASACIÓN N° 4957-2011-La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28 de febrero del 2013.
- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA 61/2009, DE 10 DE NOVIEMBRE.
- SENTENCIA 38/1981, DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1981 (*BOE NÚM. 305, DE 22 DE DEZEMBER DE 1981*).
- SENTENCIA N° 94/1984 DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, SALA 2ª, 16 DE OCTUBRE DE 1984.
- SENTENCIA 166/1988 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1988 (BOE núm. 247, de 14 de Οκτωβρίου de 1988).
- SENTENCIA 17/2003 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, DE FECHA 30 DE ENERO (BOE NÚM. 55, DE 05 DE MARZO DE 2003).
- SENTENCIA 17/2007 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, DE FECHA 12 DE FEBRERO.
- SENT. T-499A, 8/4/2017 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.
- SENTENCIA C-299 de 1998 Corte Constitucional de Colombia; Carlos Gaviria Díaz.
- SENT. T-1302194,22/05/2006 Corte Constitucional de Colombia, F.J. 2.1.