



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO

“LA INDEMNIZACION POR DISCRIMINACION DURANTE EL PERIODO DE
PRUEBA DE LA MUJER GESTANTE”.

TESIS PARA OBTENER EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADA

AUTORA:

MOSILOT ACOSTA, LAURA ISABEL

ASESOR:

DR. OSCAR HUMBERTO MORENO RUBIÑOS

LINEA DE INVESTIGACIÓN:

DERECHO LABORAL

TRUJILLO-PERÚ

2018

PAGINA DEL JURADO

PRESIDENTE

SECRETARIO

VOCAL

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a mi madre Gladys del Rosario Acosta Espejo por ser la persona que me impulsó a alcanzar mis sueños, por permitir y darme la confianza de volar lejos de sus alas, por ser el verdadero motivo de lo que hoy alcanzo. A mi padre Rene Mosilot Maslucán por todo el amor, palabras de aliento y cada una de las oraciones y plegarias que hizo para que Dios me protegiera hoy y siempre, por amarme de una manera inconfundible. A mis hermanos Tamara y Paolo por ser aquellos compañeros de aventuras, por ser mis mejores amigos siempre, porque somos el trípode que aún busca estabilidad sobre bases del cemento más fuertes y profundas.

A mis abuelitos, que desde siempre tuvieron el sueño de ver a toda su familia profesional y hoy con alegría puedo decir que la última nieta lo logró, a toda mi familia Acosta puesto que son la mayor bendición que poseo.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios y mis abuelitos quienes hoy en día son mis ángeles y guías en este camino y hermosa aventura llamada vida; a mis padres y hermanos por su incondicional e inalcanzable apoyo, comprensión y paciencia, a mi tía María por los consejos, ejemplo y por enseñarme a amar esta carrera que me apasiona, y a todas las personas que me ayudaron en el desarrollo de mi vida académica, puesto que sin ellos no hubiese sido posible alcanzar este sueño.

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

Yo, **LAURA ISABEL MOSILOT ACOSTA**, estudiante de la carrera de Derecho de la Universidad Cesar Vallejo identificado con DNI N°72374905 con la Tesis titulada “**LA INDEMNIZACION POR DISCRIMINACION DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA DE LA MUJER GESTANTE**”, Declaro bajo juramento que:

- 1) La tesis es creación propia, por lo tanto, es de mi autoría.
- 2) Se ha respetado la normatividad internacional de citas y referencias bibliográficas para las fuentes consultadas. Por tanto, la tesis no ha sido plagiada ni de manera total, ni de manera parcial.
- 3) La tesis no es producto de un auto plagio, es decir, no tiene antecedentes de publicación presentados con anterioridad para obtener grado académico o título profesional.
- 4) Los datos que se presentan en el resultado de la tesis son reales, no han sido falseados, duplicados o copiados, y por lo tanto, estos constituirán aportes en la realidad investigada.

En tal sentido, si se llegara a identificar fraude (datos falsos), plagio (información sin citar a autores), auto plagio (presentar como nuevo un trabajo de investigación ya publicado), piratería (uso ilegal de información ajena, o, falsificación (representar falsamente las ideas de otros), el tesista asume las consecuencias y sanciones que de sus actos deriven, sometiéndose a la normatividad vigente de la Universidad Cesar Vallejo.

Trujillo, 15 de octubre de 2018

LAURA ISABEL MOSILOT ACOSTA

DNI N° 72374905

PRESENTACIÓN

El presente trabajo de investigación tomará como objeto de estudio la posibilidad de indemnización a favor de la trabajadora gestante discriminada durante el periodo de prueba. Ahora bien, iniciando el presente trabajo se desarrollara lo que son los trabajos previo o antecedentes, las teorías relacionadas, así como la formulación del problema de investigación, la hipótesis de una posible respuesta a la pregunta planteada y finalmente los objetivos que se pretenden alcanzar con este trabajo de investigación, seguidamente se desarrollará el marco metodológico que servirá de sustento para el trabajo objeto de investigación y finalmente se procederá a detallar y mencionar los resultados que nos conllevarán a determinar las conclusiones y recomendaciones pertinentes.

En tal sentido es que haciendo un análisis profundo de todos los capítulos desarrollados en el presente trabajo de investigación, es que busco determinar si es viable la indemnización por discriminación a favor de la trabajadora en esta de gestación, dicho esto, es necesario precisar que para el final de la investigación mi meta es corroborar la hipótesis planteada de lo contrario rechazarla, apoyándome en la investigación desarrollada y los aportes que los instrumentos (entrevistas) me proporcionen gracias al apoyo de los especialistas que tuvieron a bien brindarme un espacio de su tiempo y aportar de esta manera al desarrollo de la presente investigación.

La autora.

Contenido

PAGINA DEL JURADO	2
DEDICATORIA	3
AGRADECIMIENTO.....	4
DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD	5
PRESENTACIÓN	6
RESUMEN.....	9
ABSTRACT.....	10
I. INTRODUCCION	11
1.1 REALIDAD PROBLEMÁTICA:	11
1.2 TRABAJOS PREVIOS	12
1.3 TEORÍAS RELACIONADAS AL TEMA	14
1.3.1 TEORÍA DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA:	14
1.3.2 TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:	14
1.3.3 EL PERIODO DE PRUEBA EN EL CONTRATO DE TRABAJO	15
1.3.4 EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL POR VOLUNTAD UNILATERAL DEL EMPLEADOR	26
1.3.5 DERECHOS FUNDAMENTALES.....	38
1.3.6 PERIODO DE PRUEBA Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA NO DISCRIMINACIÓN DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA	46
1.3.7 INDEMNIZACIÓN	48
1.4 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	51
1.5 JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO.....	51
1.6 HIPÓTESIS	52
1.7 OBJETIVOS	52
II. METODO	53
2.1 DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	53
2.2 VARIABLES, OPERACIONALIZACIÓN:	53
2.2.1 VARIABLES:	53
2.2.2 OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES:	53
2.3 POBLACIÓN Y MUESTRA.....	55
2.3.1 POBLACIÓN.....	55
2.3.2 MUESTRA.....	55
2.4 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	55
2.5 MÉTODOS DE ANÁLISIS DE DATOS	55
2.6 ASPECTOS ÉTICOS.....	56

III. DISCUSIÓN DE RESULTADOS	57
IV. CONCLUSIONES	58
V. RECOMENDACIONES	59
VI. REFERENCIAS	60
VII. ANEXOS.....	65

RESUMEN

La presente investigación tiene como finalidad, establecer el límite facultativo del empleador para poner fin a la relación laboral de la mujer en estado de gravidez, explicar las condiciones en las que se ven vulnerados los derechos de estas trabajadoras de especial condición y finalmente determinar la posibilidad de indemnizar a la mujer gestante que es despedida por actos discriminatorios durante el periodo de prueba

En ese orden de ideas, por un lado tenemos la facultad que posee el empleador para poner final a la relación laboral de manera unilateral, por otro lado la transgresión a los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada, los mismos que se encuentran presentes en cualquier etapa del contrato de trabajo, los cuales pueden verse transgredidos por el ejercicio abusivo y arbitrario de la facultad extintiva de la relación laboral, a consecuencia, claramente del incremento de costos laborales y la incomodidad que este hecho genera en el empleador. Bajo este contexto, se procederá a determinar la posibilidad del resarcimiento del daño causado a la trabajadora despedida por actos discriminatorios a consecuencia del estado de gravidez en el que esta se encuentra, puesto que no solo se vulnerarían los derechos fundamentales de la madre sino también se pone en riesgo de la misma y del concebido, lo expuesto tendrá como sustento la teoría de la estabilidad laboral reforzada, instruida por la jurisprudencia colombiana, los sustentos jurídicos establecidos en sentencias extranjeras y el derecho comparado de otros países como Argentina y España, el análisis de algunos tratados internacionales relacionados a Derechos Humanos, los cuales serán interpretados de manera integral con lo previsto en nuestra Constitución Política, en relación a los derechos fundamentales de las trabajadoras gestantes.

Palabras Claves: indemnizar, discriminación, periodo de prueba, trabajadora gestante, facultad extintiva, estabilidad laboral.

ABSTRACT

The present investigation has as purpose, to establish the facultative limit of the employer to end the labor relation of the pregnant woman, to explain the conditions in which the rights of these workers of special condition are violated and finally to determine the possibility to compensate the pregnant woman who is dismissed for discriminatory acts during the trial period

In that order of ideas, on the one hand we have the power that the employer has to terminate the employment relationship unilaterally, on the other hand the transgression of the fundamental rights of the pregnant worker, who are present at any stage of the work contract, which may be transgressed by the abusive and arbitrary exercise of the power to terminate the employment relationship, as a result, clearly of the increase in labor costs and the discomfort that this generates in the employer.

Under this context, it will proceed to determine the possibility of compensation for the damage caused to the worker dismissed for discriminatory acts as a result of the state of pregnancy in which she is found, since not only would the fundamental rights of the mother be violated, but also puts at risk of the same and the conceived, the above will be supported by the theory of enhanced labor stability, instructed by Colombian jurisprudence, the legal underpinnings established in foreign judgments and the comparative law of other countries such as Argentina and Spain, the analysis of some international treaties related to Human Rights, which will be interpreted in an integral manner with the provisions of our Political Constitution, in relation to the fundamental rights of pregnant workers.

Keywords: compensation, discrimination, probationary period, pregnant worker, extinction power, job stability.

I. INTRODUCCION

1.1 REALIDAD PROBLEMÁTICA:

En la actualidad en nuestro país según la estadística realiza por el INEI en el año 2016 sobre los hombres y mujeres económicamente activas a nivel nacional proporcionó como resultado que el 44% es población femenina y siendo que muchas veces al buscar el “desarrollo pleno” como mujeres o incluso sin planeamiento previo para quedar embarazada mientras se encuentran en periodo de prueba laboral colocándolas en una posición de desprotección en cuanto a la permanencia en sus puestos de trabajo, toda vez que la estabilidad laboral se encuentra reconocida dentro de los derechos constitucionales que protegen al trabajador.

El riesgo de pérdida de empleo a raíz de la maternidad constituye el problema más importante al que se enfrenta el principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales. De ahí que nuestro ordenamiento jurídico otorgue a las embarazadas una protección más "insistente" que la común, calificando automáticamente de "nulo" el despido de las mujeres que se hallan en ese estado; de tal forma esta especial protección tiene "excepciones", una de ellas se produce cuando la extinción del contrato tiene lugar durante el periodo de prueba.

Es necesario precisar sobre la existencia de dos figuras de suma importancia, “Responsabilidad Civil” - la cual se encuentra recogida y regulada en nuestro Código Civil - y “El Periodo de Prueba” - recogida y regulada en normas de Derecho Laboral – concretamente, ambas figuras encontrarán su punto de unión en la responsabilidad civil la cual se evidencia claramente luego del quiebra de la relación laboral existente entre el empleador y la trabajadora en estado de gravidez quien es despedida durante el periodo de prueba.

Por regla general se entiende que, quien cause un daño está obligado a repararlo o indemnizarlo, por ende, en este supuesto la responsabilidad civil sería aplicable siempre y cuando alguna de las partes cause un daño a la otra. En cuanto al periodo de prueba, es legal de 03 y puede extenderse hasta los 06 meses (trabajadores calificados o de confianza) y 01 año (Trabajadores de dirección) o convencional pactando un término mayor al de tres meses que no podrá exceder los periodos máximos detallados anteriormente para los trabajadores que tengan la naturaleza antes descrita. (Así lo establece el artículo 10° del D.S. 003-97-TR-TUO del Decreto Legislativo N° 728).

En el Perú, la protección frente al despido arbitrario se encuentra regulada jurídicamente tanto en nuestra constitución como en normas infraconstitucionales. En tal sentido es necesario precisar que la Constitución Política del Perú en sus artículos 22°, 23° y 27°, elabora una regulación valiosa sobre la protección del trabajador frente al despido.

Nuestro Código civil en el artículo I de su Título preliminar, menciona que procede la indemnización en caso del ejercicio abusivo del derecho.

Asimismo, los mecanismos y condiciones de estos preceptos se encuentran determinadas principalmente en el Decreto Supremo 003-97-TR (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral), siendo relevantes el artículo 34°, mediante el cual se le reconoce al trabajador el derecho para accionar frente a un despido que no esté motivado por causa justa; el artículo 10°, el cual establece una condición para que opere esta protección, siendo esta el vencimiento del periodo de prueba, en tal sentido, será recién al término de este periodo de prueba que el trabajador podrá acogerse a los mecanismos que el artículo 34° menciona; el artículo 29° en su apartado e), sanciona con la nulidad el despido que tenga por motivo el embarazo, sin hacer referencia alguna al límite señalado en el mismo cuerpo legal.

1.2 TRABAJOS PREVIOS

En este punto se citará trabajos anteriores que se vinculan con las variables presentadas en mi trabajo de indagación para poder verificar la razonabilidad de los objetivos:

Nacionales:

- ❖ Tesis elaborada por Lizeth Cueva Arana (2016) en la **Pontificia Universidad Católica del Perú**, para obtener el grado de Abogada en Derecho con título denominado: **“LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE LA MADRE TRABAJADORA”**; quien concluye lo siguiente:

“Creemos que ese es el fin de la estabilidad laboral reforzada, proteger con mayor intensidad a una mujer expuesta a un mayor riesgo, buscando asegurar el empleo que, al mismo tiempo, asegura la seguridad social, licencias remuneradas y por tanto el bienestar del niño o niña recién nacido. Siendo éste el verdadero desafío que, hoy por hoy, nuestro ordenamiento tiene como una asignatura pendiente”.

- ❖ Tesis elaborada por autor Alberto Renato Cruzado Cachi (2015) en la **Universidad Privada del Norte**, para obtener el título de Abogado en Derecho, denominado: **“LA**

AFECTACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA AL EXTINGUIR EL EMPLEADOR LA RELACION LABORAL DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA”; quien concluye lo siguiente:

“En las relaciones laborales de trabajadoras gestantes, que se encuentran sujetas a período de prueba, y que por decisión unilateral del empleador se extinga dicha relación laboral, la referida decisión unilateral vulnerará los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada; siempre y cuando, el empleador haya incurrido en un uso arbitrario de la facultad extintiva de la relación laboral, con la que goza durante la antes citada etapa inicial del contrato de trabajo, uso arbitrario que puede ser traducido, en un acto discriminatorio, el cual puede ser probado por la trabajadora, por cualquier medio idóneo incluyendo a los indicios, siendo el indicio más trascendental, la comunicación previa al empleador sobre el estado de su gestación, situación que evidenciaría que éste haya tomado dicha decisión extintiva de la relación laboral por una reacción negativa frente al conocimiento del embarazo de su trabajadora”.

Internacionales:

- ❖ Tesis elaborada por el autor Jorge Antonio Giraldo Hoyos (2002) en la **Pontificia Universidad Javeriana de Colombia**, para obtener el grado de Abogado, tesis que tiene como título denominado: **“EL FUERO LABORAL CONSTITUCIONAL”;** quien concluye lo siguiente:

“La terminación unilateral del contrato de trabajo no puede tener origen en un motivo discriminatorio, el cual se presume por el hecho del despido. El empleador debe probar que la causa del despido no es la situación de debilidad o inferioridad manifiestas o su pertenencia a un grupo discriminatorio o marginado”.

- ❖ Informe Legal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina publicada por su representante Andrea Fabiana Mac Donald (2011), el cual es denominado: **“EL DESPIDO SIN CAUSA DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA DURANTE EL PERÍODO DE PRUEBA”;** quien concluye lo siguiente:

“La trabajadora no tiene la carga de la prueba porque tiene presumido por el empleador la garantía de estabilidad cuya violación genera un acto discriminatorio que no requiere ni necesita ser acreditado”.

1.3 TEORÍAS RELACIONADAS AL TEMA

En la presente investigación básicamente se tomará en cuenta dos teorías para el desarrollo de la misma:

1.3.1 TEORÍA DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA:

La Corte Constitucional Colombiana señala que: *“Es el derecho que garantiza la permanencia en el empleo, luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o sicológica, como medida de protección especial y de conformidad con su capacidad laboral”.* **(Exp. T-723/16. 2016. P .10)**

Mediante esta teoría se busca que el ordenamiento jurídico mediante decisiones jurisprudenciales logre una garantía real y efectiva que respete los derechos y principios constitucionales de quienes se encuentran en desventaja lo cual los convierte en meritorios de esta protección exclusiva por parte del Estado.

1.3.2 TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:

Pertenece al ámbito de la tutela civil de los Derechos pues está referida a la reparación del daño causado a determinadas personas identificadas como “víctimas”.

Para **Espinoza (2011)** la responsabilidad civil se define como: “Técnica de tutela (civil) de los derechos u otras situaciones jurídicas que tiene por finalidad imponer al responsable (no necesariamente el autor) la obligación de reparar los daños que este ha ocasionado” **(P. 42)**

En tal sentido podemos decir que la responsabilidad civil es la amonestación sobre una conducta reprochada o prohibida jurídicamente, es decir, que el sujeto agente responde por su intencionalidad o por la falta de un deber objetivo de cuidado que causa el daño en la víctima, pero claro está que el daño que se alega debe tener

sustento o estar debidamente acreditado mediante una prueba indiscutible para mostrar así la culpabilidad del autor.

1.3.3 EL PERIODO DE PRUEBA EN EL CONTRATO DE TRABAJO

1.3.3.1 Referencia al Contrato De Trabajo

Para hablar del contrato de trabajo es necesario precisar acerca de sus inicios, es decir cuando el tema se encontraba relacionado al alquiler de personas, de su energía, de sus capacidades, conocimientos o la suma de todos ellos. Tanto es así que en la cita que hace Gómez Valdez a Carnelutti, señaló que dicho jurista manifestó que, el hombre cuando trabaja lo que hace es vender su energía, de la misma manera en la que se vende cualquier otra energía de origen natural. (Gómez Valdez, 2007).

De esta corriente doctrinaria se interpreta que en sus inicios la doctrina consideró al contrato de trabajo poseía una naturaleza mercantilista, a tal punto de considerarla como una mercancía, esta definición e interpretación al derecho del trabajo, tuvo una evolución de suma importancia, tal es así que, en la etapa de la humanización del trabajo, se acentuó la idea de que el trabajo humano no seguiría siendo considerado como una mercancía.

Hoy en día, se tiene una conceptualización distinta a la antes mencionada en cuanto al contrato de trabajo, siendo así, Guillermo Cabanellas de Torres, eminente laboralista define al contrato de trabajo como “aquel que tiene por objeto la prestación continuada de servicios privados y con carácter económico y por el cual una de las partes da una remuneración o recompensa a cambio de disfrutar o servise, bajo su dependencia o dirección, de la actividad profesional de otro” (Cabanellas de Torres, 1988). En la misma línea, el reconocido especialista en materia laboral Jorge Toyama Miyagusuku, precisa que el contrato de trabajo “debe ser considerado como un negocio jurídico por el cual el trabajador presta sus servicios personales por cuenta ajena en una relación de subordinación a cambio de una remuneración” (Toyama Miyagusuko, 2011)

De lo antes señalado se entiende que para que una relación contractual posea naturaleza laboral, debe contener los tres elementos obligatorios y esenciales que el contrato de trabajo exige, siendo estos: a) prestación personal de servicios, b)

remuneración y c) subordinación, los cuales se encuentran señalados en el artículo 4 del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Ahora bien, el primer elemento del contrato de trabajo, prestación personal, se encuentra estipulado en el artículo 5 del D.S N° 003-97-TR, en donde se señala que los servicios deben ser entregados de manera “personal” entre el que lo presta y lo recibe para que la calificación de la relación jurídica se presuma como un contrato de trabajo. Jorge Toyama Muyagusuko, define a la prestación personal como “la obligación del trabajador de poner a disposición del empleador su propia actividad laborativa (*operae*), la cual es inseparable de su personalidad, y no un resultado de su aplicación (*opus*) que se independiza de la misma” (Toyama Miyagusuko, 2011). En consecuencia, la posibilidad de que la prestación sea sustituida, contraviene al carácter personalísimo que el contrato de trabajo posee.

En cuanto al siguiente elemento del contrato de trabajo que viene a ser la remuneración, la cual se encuentra tipificada en el artículo 6 del D.S N° 003-97-TR, señala que es la retribución o contraprestación obligatoria de la prestación personal que realiza el trabajador en favor del empleador, puede ser pecuniaria y/o en especie siempre y cuando sea de libre disposición del trabajador.

Ahora bien el último elemento del contrato de trabajo es la subordinación, la cual ha sido asumida de manera unánime tanto por la doctrina como por la jurisprudencia nacional como el elemento determinante para establecer la existencia de una relación laboral ya que gracias a este es posible la diferenciación entre un contrato meramente laboral y un contrato de tipo civil, tipificada en el artículo 9 del D.S N° 003-7-TR, en donde se precisa que el trabajador se encuentra está sujeto a las directivas del empleador durante el desarrollo de sus actividades.

Siendo así, podemos definir al contrato de trabajo como la manifestación de voluntades, por medio de la cual una de las partes (trabajador) se compromete a prestar sus servicios de manera personalísima en favor de la otra parte (empleador), bajo dependencia o subordinación de este, quien a su vez se obliga a retribuir o compensar esta prestación con una remuneración, la cual puede ser percibida en dinero y/o en especie, pero siempre que sea de libre disposición del trabajador y constituya asimismo una ventaja patrimonial para él y su familia.

1.3.3.2 Algunos de los Principios Generales Del Derecho Del Trabajo

El derecho del trabajo como tal, surge con la lucha del proletariado, es decir la clase obrera, mediante la revolución industrial, quienes exigían el reconocimiento de sus derechos laborales, en tal sentido, doctrinariamente se señala que históricamente el Derecho del Trabajo transitó por tres etapas progresivas, siendo estas: a) La etapa de Prohibición, en la cual, los principales protagonistas fueron los primeros sindicatos, puesto que las legislaciones de manera expresa prohibían la formación de gremios, tal es el caso de la Ley Chapelier (Francia) promulgada el 14 de Junio de 1791, en donde la sindicalización era tipificada como delito penal. b) La Etapa de Tolerancia, en la cual la presión ejercida por los sindicatos era evidente, por ende procedieron a suprimir o derogar las normas que prohibían la formación de gremios. En esta etapa también, los estados encontraron una preocupación creciente por la recopilación de datos, de allí surge la llamada intervención científica ya que gracias a ello pudieron elaborar informes por connotados sociólogos que daban cuenta de la problemática laboral mediante estadísticas, métodos de encuestas y/o registros administrativos, lo cual sirvió para la formulación de posteriores propuestas normativas para la regulación del trabajo. c) Etapa de Reconocimiento, básicamente en esta etapa los Estados comenzaron a establecer medidas tanto en el derecho colectivo como en el individual y el reconocimiento legal a la formación de gremios sindicales.

En este sentido, doctrinariamente se señala que el Derecho del Trabajo se gestó por los reclamos y la lucha constante de los trabajadores, logrando en un primer momento se les reconozca la jornada máxima de ocho (8) horas diarias y, cuarenta y ocho (48) horas semanales, la misma que fue desarrollada en el Convenio N° 01 de la OIT del año 1919 - sobre las Horas de Trabajo (Industrial).

Si bien doctrinariamente se hablaba de que el Derecho del Trabajo surgió del Derecho Civil; tema que en la actualidad se encuentra fuera de discusión ya que la autonomía del Derecho del Trabajo, iniciando por la naturaleza jurídica, las partes que son parte de la relación contractual, los derechos y obligaciones (prestaciones) que derivan del contrato, así como los principios que orientan esta rama jurídica.

Antes de desarrollar a profundidad algunos de los principios del Derecho del Trabajo, precisaremos, el significado de principio, es así que Manuel Alonso García señala que “son aquellas líneas, directrices o postulados que inspiran el sentido de las normas laborales y configuran la regulación de las relaciones de trabajo con arreglo a criterios distintos de los que pueden darse en otras ramas del Derecho” (Alonso García, 1960); es decir, que al carácter general que estos poseen, ya que son aplicables no para situaciones específicas sino por el contrario, se le debe agregar las tres funciones básicas que estos ostentan: i) informadora, ya que sirven para inspirar al legislador para la creación de las normas; ii) normativa, pues van a ser utilizadas de manera supletoria ante los vacíos o lagunas jurídicas de las normas y finalmente iii) interpretadora, orienta al juzgador o el intérprete para que este tome la mejor decisión.

Ahora bien, entiéndase a los principios del Derecho del Trabajo, como los lineamientos que constituyen el fundamento del ordenamiento jurídico del trabajo

En este sentido, siendo el Derecho del Trabajo una rama totalmente autónoma de cualquier otra, desarrollaremos a continuación algunos de los principios que lo rigen.

a) Principio Protector

Este principio ha sido reconocido como el más importante del Derecho del Trabajo tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, ya que en la relación contractual establecida entre el empleador y el trabajador, busca proteger a este último, con el único fin de equiparar o compensar el desnivel que existe entre estos, por esto, se dice que este principio posee una naturaleza tuitiva.

En opinión de del reconocido doctrinario Uruguayo Américo Pla Rodríguez, “se refiere al criterio fundamental que orienta el derecho del trabajo ya que éste, en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad responde al objeto de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador” (Pla Rodríguez, 1990), es decir que este principio encarna el carácter tuitivo de la sociedad con relación al trabajo, tratando siempre de defender a la parte más débil del contrato; aunque constitucionalmente no goza de tal consagración expresamente establecida; sin

embargo, este principio guarda relación con lo establecido en el artículo 23 de la Constitución Política Peruana y con el derecho a la dignidad humana.

El principio protector comprende, a su vez, tres subprincipios, siendo estos los siguientes:

- ❖ In Dubio Pro Operario: este principio encuentra su sustento constitucional en el numeral 3 del artículo 26 de nuestra Constitución Política, en donde se señala que: “En la relación laboral se respetan los siguientes principios: (...) 3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.” (Constitución Política del Perú, 1993)
Marcenaro Frers Ricardo, señala que “no se trata de cualquier duda sino solamente de aquella INSALVABLE, es decir, que no pueda ser resuelta por los sistemas propios de la hermenéutica” (Macenaro Frers, 1995), es decir que este principio aplica en caso de duda durante la interpretación de una norma, es decir, cuando una norma adquiere diversas formas de interpretación, el operador jurídico adquiere la facultad de aplicar la interpretación que mejor favorezca al trabajador.
- ❖ Norma más favorable: Este principio opera cuando existan varias normas o reglas aplicables para un determinado caso laboral, las autoridades administrativas y judiciales deberán optar por aplicar aquella que resulte más favorable para el trabajador.
- ❖ Condición más beneficiosa: Américo Pla Rodríguez, señala que este principio, “Supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva norma que ha de aplicarse” (Pla Rodríguez, 1990), este principio permite cautelar las condiciones laborales más beneficiosas de los trabajadores, es necesario citar al famoso jurista Javier Nieves Mujica, quien indica que esta regla se inspira en la intangibilidad de los contratos ante las innovaciones normativas posteriores, fundamento establecido en el artículo 62 de nuestra Constitución Política.

b) Principio De La Primacía De La Realidad

Nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el fundamento 3 de la sentencia del expediente Nro. 1944-2002-AA/TC, en donde señalan lo siguiente respecto a este principio:

“significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.” (STC del Expediente N° 1944-2002-AA/TC, 2003)

En materia laboral importa mucho más lo que sucede en la práctica diaria o la también llamada realidad que aquello que se haya acordado sea escrito o verbalmente.

Este hecho no supone que los contratos celebrados entre las partes carezcan de valor pues de las estipulaciones que un contrato de trabajo contiene se presumen la voluntad común de las partes; sin embargo, va a permitirnos identificar la falsedad de dicha presunción si se constata la discordancia entre estas, ante esta situación prevalecería lo que sucede en el terreno de los hechos.

Si bien este principio no contiene reconocimiento constitucional, si encuentra un reconocimiento legal en el numeral 2 del artículo 2 de la Ley General de Inspección de Trabajo, así como su reconocimiento en el numeral 9 de la Recomendación Nro. 198, Sobre la Relación de Trabajo (2006), en tal sentido, este principio ha sido aplicado con frecuencia por nuestros magistrados en casos de desnaturalización de contratos civiles, que muy en el fondo conllevan el disuadir la relación contractual cuya naturaleza es laboral.

c) Principio De Continuidad

Este principio opera como un mecanismo que limita las contrataciones modales, ya que actualmente lo que se pretende es establecer relaciones laborales de larga duración.

El doctrinario Martín Carrillo Calle, menciona que a este principio se le reconocen ciertas proyecciones, siendo estas las siguientes:

- “a) preferencia por los contratos de duración indeterminada.
- b) Amplitud para la admisión de las transformaciones del contrato.
- c) Facilidad para mantener el contrato a pesar de los incumplimientos o nulidades en que se haya incurrido.
- d) Resistencia a admitir la rescisión unilateral del contrato por voluntad patronal.
- e) Interpretación de las inscripciones de contratos como simples suspensiones.
- f) Prolongación del contrato en caso de sustitución del empleo.”

(Carrillo Calle, 2001)

Este principio no goza de reconocimiento internacional, siendo esto en el numeral 3 del artículo 2 del Convenio Nro. 158 de la Organización Internacional del Trabajo, Sobre la Terminación de la Relación de trabajo (1982), en donde se señala que, “se deberán prever garantías adecuadas contra el recurso a contratos de trabajo de duración determinada cuyo objeto sea eludir la protección que prevé el presente convenio” (Organización Internacional del Trabajo, 1982)

De lo explicado podemos concluir, que este principio es considerado como el pilar de la estabilidad laboral.

1.3.3.3 Definición Del Periodo De Prueba

La parte inicial del contrato de trabajo estipula las condiciones y el tiempo de duración para el periodo de prueba, figura señalada como institución jurídica del derecho sustantivo laboral, al que todo trabajador se encuentra sujeto al momento de ingresar e incluso al reingresar a un puesto de trabajo.

Se entiende que el periodo de prueba es el plazo que tiene el empleador para conocer el desempeño del trabajador o la trabajadora y decidir su permanencia en el empleo, no debería representar una etapa en la cual indiscriminadamente pueda prescindirse de los servicios de los trabajadores, especialmente de sectores vulnerables como es el caso de las trabajadoras gestantes.

En este sentido, el Decreto Supremo N° 009-97-TR, en su artículo 10 señala que la regla general para la duración del periodo de prueba es de 03 meses, pero que excepcionalmente, las partes tienen la posibilidad de acordar o pactar un plazo mayor a este, siempre que las labores a realizar necesiten un mayor tiempo para su capacitación, o que la naturaleza de las obligaciones o labores justifiquen la prórroga del periodo de prueba, hecho que debe constar por escrito, en caso de los trabajadores calificados y de confianza, el plazo para la duración del periodo de prueba no puede exceder a 06 meses y finalmente en el caso del personal de dirección el periodo de prueba es de 01 año.

La consecuencia inmediata de que el trabajador haya superado el periodo de prueba, supone que este adquiere la protección contra el despido arbitrario, es decir, que en tanto el trabajador se encuentre en esta etapa de la relación laboral, el empleador posee la autoridad de dar por concluido la relación laboral, sin tener la obligación de manifestar ni acreditar la causa de tal decisión, y sin que esta le genere algún tipo de responsabilidad.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo antes descrito, es necesario resaltar que la finalidad del periodo de prueba, es evaluar las aptitudes del empleado en cuanto a su puesto de trabajo para el cual fue contratado, de esto, se sobreentiende que para que el trabajador decida prescindir de la relación laboral de manera unilateral, esta decisión debe estar relacionada a la ineficacia, ineficiencia, es decir que el trabajador no cumpla con las expectativas y/o cualidades que el puesto de trabajo requiere.

✓ **Naturaleza Jurídica**

Doctrinariamente se ha llegado a considerar que dicha institución jurídica constituye un pre contrato para el definitivo, el cual vendría a ser el contrato definitivo, esta institución jurídica es muy criticada, toda vez que cuando hablamos del derecho laboral no puede referirse como un contrato previo al contrato definitivo de trabajo, ya que, los elementos esenciales se encontrarán inmersos en el este desde el inicio.

En opinión del jurista Álvarez Chávez, Víctor, menciona que “este periodo constituye un periodo de trabajo incierto para el trabajador, inclinado al abuso

del derecho de la parte empleadora”, siendo un claro ejemplo de dicha situación, la prerrogativa con la que cuenta el empleador consistente en la terminación de la relación labora sin expresión de causa, y sin que la misma le genere algún tipo de responsabilidad; es decir que podemos establecer que fácticamente el empleador podrá determinar de manera autónoma y absoluta la continuación o no del contrato de trabajo.

✓ **Legislación Comparada**

Esta institución jurídica, considerada como la fase inicial del contrato de trabajo, ha sido regulada por diversos países, a continuación mencionaremos a las siguientes:

- ❖ **Colombia:** esta figura se encuentra regulado en los artículos 76, 77, 78, 79 y 80 del Código del Trabajo, en donde se señala que el periodo de prueba es la etapa inicial del contrato de trabajo y cuyo objeto, por parte del empleador es apreciar las aptitudes del trabajador, y por parte de este, la conveniencia de las condiciones del trabajo; asimismo, se señala que este periodo debe constar por escrito, caso contrario se regulará por las normas generales del contrato de trabajo y que en el caso de los trabajadores domésticos se presume, que el periodo de prueba son los primeros 15 días de servicio.

Se establece que este periodo no puede exceder de 02 meses, también menciona que en el caso de contratos de trabajo a plazo fijo cuya duración sea inferior a 01 año, el periodo de prueba no puede superar la 1/5 parte del termino inicialmente acordado para el respectivo contrato, sin que ello exceda el plazo de 02 meses y en los casos de contratos de tracto sucesivo celebrados entre un mismo empleador y trabajador, no es válida la estipulación del periodo de prueba, salvo para el primer contrato.

Asimismo, cuando el periodo de prueba se pacte por un plazo menos al de los límites máximos expresados, las partes puedes prorrogarlo antes de vencerse el periodo inicialmente estipulado, sin que el tiempo total de la prueba pueda exceder dichos límites y finalmente el periodo de prueba puede darse por terminado unilateralmente en cualquier momento, sin previo aviso.

Una clara diferencia de la legislación colombiana con la nuestra, es el tiempo de duración del periodo de prueba, ya que en su caso es menor que el nuestro,

tiempo suficiente a su entender, para que el trabajador sea capaz de demostrar sus capacidades.

- ❖ **España:** este país, regula esta institución jurídica en el artículo 14 del Estatuto de Trabajadores, en donde señala, que el periodo de prueba debe pactarse por escrito, con sujeción a los límites de duración que se establezcan en los convenios colectivos: que en defecto del pacto en el convenio colectivo, la duración del periodo de prueba no podrá exceder de 06 meses para los técnicos titulados, ni de 02 meses para los demás trabajadores. Asimismo señala, que en el caso de las empresas que cuentan con menos de 25 trabajadores, el periodo de prueba no podrá exceder de 03 meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados.

Asimismo, señala que la única excepción de los contratos celebrados por el trabajador que ya ha superado este periodo de prueba será los derivados de la resolución del contrato de trabajo, es decir que puede producirse en cualquier momento por cualquiera de las partes, también, refiere que será nulo el pacto que establezca un periodo de prueba cuando el trabajador ya haya desempeñado las funciones con anterioridad.

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

En tal sentido, podemos concluir que la legislación española en comparación con el ordenamiento jurídico peruano, regula de manera más explícita la figura del periodo de prueba, ya que en ella buscan abordar todos los supuestos que pueden suceder durante el desarrollo de la relación laboral que se encuentra sujeta al periodo de prueba.

Finalmente, lo que más trasciende de la legislación española consiste en que el periodo de prueba, en cualquier tipo de contratación laboral, inclusive en

las verbales, debe constar por escrito, lo cual demuestra la transparencia de dicha institución jurídica por parte de ambas partes.

- ❖ **Argentina:** la figura de la institución jurídica del periodo de prueba en este país se encuentra regulado en el artículo 92 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20744, aprobado mediante Decreto N° 390/1976, en donde se señala que, el contrato de trabajo se entenderá celebrado a prueba durante los primeros 03 meses de su vigencia, tiempo en el cual, cualquiera de las partes podrá extinguir la relación laboral sin expresión de causa, y sin derecho a indemnización por motivo de la extinción, pero con la obligación de preavisar dicha decisión.

Asimismo, señala reglas en las que este periodo se debe regir, siendo algunas de ellas las siguientes:

- El uso abusivo del periodo de prueba con el objeto de evitar la efectivización de trabajadores será aplicable de las sanciones previstas en los regímenes sobre infracciones a las leyes de trabajo. en especial, se considerará abusiva la conducta del empleador que contrate sucesivamente a distintos trabajadores para un mismo puesto de trabajo de naturaleza permanente.
- El empleador debe registrar al trabajador que comienza en el periodo de prueba, ya que, de no hacerlo, se presumirá de pleno derecho que este ha renunciado a dicho periodo.

Asimismo, al igual que la legislación española, la legislación del país argentino regula el periodo de prueba de una forma más amplia, donde lo que más resalta es el prevenir los supuestos de que los empleadores hagan un uso abusivo del periodo de prueba, con el único objeto de que los trabajadores adquieran una estabilidad laboral.

Finalmente la legislación Argentina a diferencia de la peruana, ha estipulado el preaviso para la comunicación al trabajador del término de la relación laboral, en el mismo sentido y bajo los mismos términos que suceden en el supuesto de despido, lo cual una vez más demuestra la transparencia en el uso del periodo de prueba.

1.3.4 EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL POR VOLUNTAD UNILATERAL DEL EMPLEADOR

1.3.4.1 Posición legal peruana

Si bien es cierto que el contrato de trabajo tiende a ser de “tracto sucesivo”, por ende se pretende la continuidad del mismo en el tiempo, y aunque el contrato de trabajo sea a plazo indeterminado o a plazo fijo, estos en algún momento se extinguirán, en otras palabras, llegará el momento en que la relación laboral se concluirá.

Ahora bien, son muchas las causas de extinción y pueden originarse por decisión de una de las partes del contrato o de ambos e incluso por hechos totalmente ajenos a las partes, etc.

El Dr. Obregón, Tulio, señala que el contrato de trabajo se verá extinto cuando se produzca el cese definitivo de las obligaciones que surgen de la celebración de un contrato entre las partes de la relación laboral. (Obregón, 2013)

Ello implica, sin duda, la atención relevante que esta área del derecho concede, en especial, al despido, siendo esta una causa para que el empleado quede desvinculado de su empleo, sin embargo debemos ubicarlo dentro del cuadro general de las causas de extinción del contrato de trabajo que aquel establece.

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), en su artículo 16° precisa, las “Causas de extinción del contrato de trabajo (...)”. (Ley de Productividad y Competitividad Laboral, 1997)

De acuerdo a lo señalado por el Dr. Carlos Bustamante, “las causas de extinción de la relación de trabajo pueden agruparse, según su origen, en aquellas que obedecen a: 1) la voluntad unilateral del trabajador, 2) la voluntad unilateral del empleador; 3) la voluntad concurrente de ambas partes, 4) la desaparición de las partes y 5) la jubilación y la incapacidad del trabajador” (Blancas, 2006)

1.3.4.2 Despido por Causa Justa

a) Definición

Alonso García, define al despido como aquel acto de voluntad unilateral cuyo fin es el extinguir la relación de trabajo (García, 1981), en merito a esta opinión se

enfatisa el papel importante que se genera de la voluntad unilateral del empleador durante el despido, asimismo de la presencia o ausencia de la expresión de causa debidamente justificada.

Alfredo Montoya, señala caracteres fundados exclusivamente en la voluntad unilateral del empleador, siendo estos los siguientes:

“– Es un acto unilateral del empleador, para cuya eficacia la voluntad del trabajador es innecesaria e irrelevante. – Es un acto constitutivo, por cuanto el empresario no se limita a proponer el despido, sino que él lo realiza directamente. – Es un acto recepticio, en cuanto su eficacia depende de que la voluntad extintiva del empleador sea conocida por el trabajador, a quien está destinada. – Es un acto que produce la extinción contractual, en cuanto *cesan ad futurum* los efectos del contrato” (Montoya, 1990).

Suele ser una predisposición por parte de la mayoría de los ordenamientos laborales señalar que el despido sea motivado por causa justa, siendo esto un mecanismo de protección al trabajador, ante la posibilidad de que la potestad del despido esta se ejercida en forma arbitraria o discrecional por parte del empleador, de lo contrario dicho acto se verá prevista de validez y eficacia,

En este sentido, Carlos Blancas Bustamante, manifiesta que el despido es una “institución causal”, ya que solo se va a admitir como facultad o potestad del empleador en la medida que se establezca una “causa justa” que autorice su aplicación. (Blancas, 2006)

Continua diciendo que, frente al despido que no se funde en una causa justa “reacciona entonces el ordenamiento jurídico, tomando dicho acto como ilegítimo o antijurídico, también extrayendo las consecuencias alternativas propia de la antijuridicidad esto es: - Bien privando al acto de su consecuencia normal: decretando la ineficacia o nulidad del despido, con la consiguiente readmisión al puesto de trabajo; - Bien adicionando al acto consecuencias anormales no queridas por su autor, esto es sanciones, configuradas como indemnizaciones compensatorias o punitivas en favor del trabajador” (Blancas, 2006)

Ahora bien, sobre el particular, nuestro ordenamiento jurídico, reconoce al despido causal como el únicamente legal, la que se sustenta en una causa justa relacionada

con la capacidad o con la conducta del trabajador, tal como lo señala en el artículo 22 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, concordante con lo previsto en el Artículo 4 del Convenio N° 158 de la OIT- Sobre Terminación de la Relación de Trabajo (1982).

b) Despido por Causa Justa - Capacidad del trabajador

Al respecto, el Artículo 23 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, enuncia los supuestos, bajo los cuales, el empleador puede proceder a despedir al trabajador por una causa justa vinculada a su capacidad, siendo estos los siguientes:

❖ Deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas:

este supuesto se constituye por la pérdida o disminución significativa de las aptitudes físicas, intelectuales, mentales o sensoriales del trabajador, sobrevenidas; es decir, posterior al inicio de la relación laboral, deficiencias que deben estar debidamente certificadas por Essalud, el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú, a solicitud del empleador, tal como lo precisa el Artículo 33 del Decreto Supremo N° 001-96-TR, en concordancia con el Artículo 23, del T.U.O aprobado mediante D.S N° 003-97-TR de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), en donde se precisa cuáles son las causas relacionadas con la capacidad del trabajador.

Para que se produzca el detrimento de las facultades del trabajador, debe existir una relación directa y evidente entre la pérdida de capacidad y los requerimientos que se exigen para el cargo o función que desempeña el trabajador.

Finalmente, la norma exige, no solo que la pérdida de capacidad subsista luego de que el empleador realice los ajustes razonables necesarios en el puesto de trabajo para el desarrollo idóneo del trabajador, sino que, la empresa no cuente con una plaza vacante, en el cual el trabajador pueda desempeñarse sin poner en riesgo su seguridad y salud o la de terceros.

❖ El rendimiento deficiente: En relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores bajo condiciones similares; es decir, que el empleador para poder acreditar dicha situación, puede solicitar el concurso de los servicios de la Autoridad Administrativa de Trabajo y del

Sector al que pertenezca la empresa, conforme lo indica el artículo 34 del Decreto Supremo N° 001-96-TR.

El tiempo es un factor importante para determinar esta causa justa de extinción de la relación laboral, ya que el rendimiento deficiente debe ser constante, permanente y continuo, contrario sensu se entiende que aquel que sea momentáneo o circunstancial no constituirá causa justa sobre la cual el empleador podrá extinguir la relación laboral de manera unilateral; ya que es imposible que el rendimiento del trabajador difícilmente será parejo; ya que, dada su condición de humano, existirán en muchas oportunidades factores anímicos, psicológicos e incluso ajenos a su personas que en circunstancias alterarán su rendimiento en el trabajo.

Es necesario precisar también que, el empleador no podrá alegar causa justa de despido cuando el rendimiento de trabajador sea deficiente, cuando este se genere por una falta de actualización en sus conocimientos y aptitudes para la labor que realiza o por sus dificultades en operar con una nueva tecnología aplicada a su actividad.

- ❖ **La negativa injustificada del trabajador a someterse a exámenes médicos o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas:** La norma requiere que para que el trabajador se someta a los exámenes médicos pertinentes debe estar previamente convenido por las partes o debe encontrarse normado por la ley, así como, dichos exámenes deben ser determinantes para la relación laboral, es decir, debe tener su sustento en la naturaleza de la labor realizada por el trabajador, y que la negativa manifestada por este sea injustificada.

Además la norma señala para este supuesto, otra situación que consisten en la oposición injustificada del trabajador a cumplir las medidas de índole higiénica o curativas prescritas por el médico, a fin de evitar enfermedades o accidentes.

c) **Despido por Causa Justa - Conducta del Trabajador**

En consideración a este punto, el Artículo 24 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, enuncia los tres supuestos, bajo los cuales, el empleador puede proceder a despedir

al trabajador por una causa justa vinculada a su conducta, en atención a los siguientes supuestos:

- ❖ **Comisión de falta grave:** Es una manifestación del poder disciplinario o sancionador, es por eso que también es conocido con el nombre de despido disciplinario, que nuestro ordenamiento jurídico le atribuye al empleador al establecer como elemento esencial del contrato de trabajo a la subordinación o dependencia jurídica. Pese a ello, esta facultad no puede ser ejercida de manera arbitraria, siendo así, el artículo 25 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, regula los supuestos que son considerados como faltas graves, y en atención a los cuales el empleador puede despedir al trabajador bajo dicha modalidad.

En tal sentido, Carlos Carro Zúñiga, define a la falta grave como, “incumplimiento contractual, culpable y GRAVE del trabajador” (Zúñiga, 1981).

Podemos definirla como el incumplimiento contractual imputable al trabajador que tiene como fin infringir cualquiera de los deberes esenciales (deber de diligencia, obediencia, rendimiento, fidelidad, honradez, entre otros), siendo incluso, hasta causar un daño irreparable al vínculo laboral, ya sea por dolo o culpa del trabajador, hecho que generará la imposibilidad de subsistencia de la relación laboral y conllevará al término del mismo sin que exista la un preaviso ni mucho menos el pago de una indemnización.

- ❖ **La Condena Penal por Delito Doloso:** Si el trabajador es procesado penalmente por la supuesta comisión de un delito doloso, es finalmente encontrado culpable, no siendo necesario que sea efectivo la privación de su libertad, el empleador podrá despedirlo. Al respecto Jorge Toyama M., señala tres requisitos para que el empleador pueda despedir al trabajador, siendo estos los siguientes: “1. Que haya sido sentenciado por la comisión de un delito doloso- lo que impediría al empleador despedir si se trata de un delito culposo-, 2) que el proceso penal haya concluido con la sentencia condenatoria es decir que este haya quedado firme y por tanto libre de cualquier recurso impugnatorio y 3) de otro lado la norma no hace distinción sobre la pena a cumplir por el trabajador, solo importa que la sentencia condenatoria haya quedado firme y no si ella conlleva a una pena privativa

de libertad, ergo, resulta indiferente la clase de pena impuesta” (Toyama, 2009). Nuestro ordenamiento jurídico lo regula en el Artículo 27 del D.S N° 003-97-TR.

- ❖ **La Inhabilitación del Trabajador:** La inhabilitación conlleva a la imposibilidad sobreviniente de que el trabajador pueda cumplir con las obligaciones generadas en el contrato de trabajo.

Asimismo, la ley establece como requisito previo, para dar pasó al despido por esta causa, que la inhabilitación a dicho trabajador sea por un periodo de tres meses a mas, pues de lo contrario sería una suspensión temporal del contrato.

En este sentido, Clotilde Atahuaman Sumarán, precisa que “La norma señala que esta suspensión debe ser impuesta por una autoridad administrativa o judicial, para ser considerada como causa justa de despido. Para ello es indispensable que el empleador comunique al trabajador el cese en base a esta causal, de lo contrario se entenderá que el contrato de trabajo sigue vigente” (Atahuaman, 2013)

d) Procedimiento para el despido

La principal característica del régimen de protección contra el despido radica en la obligación del cumplimiento a la correcta realización del procedimiento de despido, cuyo fin primordial es el de salvaguardar los derechos fundamentales y la dignidad del trabajador, así como garantizar su derecho de defensa.

Tal como se menciona párrafos anteriores, nuestro ordenamiento jurídico ha señalado que el trabajador podrá ser despedido únicamente por causas relacionadas a su conducta o su capacidad, pero, siempre y cuando el empleador le haya otorgado un plazo razonable para que este pueda ejercer su derecho a la defensa frente a las acusaciones que se le imputan o para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia.

Tal como lo indica el jurista, Carlos Blancas Bustamante, el procedimiento se encuentra establecido en el artículo 31 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, y tiene como fundamento directo el artículo 7 del Convenio 158 de la OIT – Sobre Terminación de la Relación de Trabajo (1982), en donde se señala que:

“No deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad” (Convenio N° 158 de la OIT, 1982)

Siendo así, nuestro ordenamiento proporciona las siguientes pautas para el procedimiento del despido: 1) Únicamente va a proceder el despido relacionado a la conducta o la capacidad del trabajador, 2) el despido relacionado a la conducta del trabajador, el empleador está obligado a otorgarle al trabajador un plazo no menor de 06 días naturales para que éste presente sus descargos y en el caso de que el despido esté relacionado a la capacidad del trabajador, el empleador deberá otorgarle un plazo no menor de 30 días naturales para que éste presente sus descargos, y cabe precisar que en ambos casos el despido debe ser comunicado al trabajador de manera escrita, 3) el empleador una vez ha comunicado al trabajador la imputación de la causa de despido mediante carta de despido, este no podrá invocar causa distinta de la ya imputada, salvo que tome conocimiento de una nueva falta grave en la que el trabajador haya incurrido y que no fuera imputada en la anterior, cabe precisar, que deberá iniciar un nuevo proceso de despido, ya que solo sirve para que el empleador impute una nueva falta, mas no que incluya nuevos hechos, 4) mientras dura el procedimiento de despido, el empleador tiene la potestad de exonerar al trabajador de su obligación de prestar sus servicios a favor de su empleador, hecho que deberá constar por escrito y que generalmente se encuentra precisado en la carta de pre-aviso de despido, 5) cuando la falta grave sea flagrante, el empleador tiene la posibilidad de prescindir del procedimiento establecido para el despido, siempre y cuando dicha posibilidad resulte razonable, 6) la comunicación por escrito al trabajador, debe contener de forma precisa la imputación de la causa y la fecha de cese, en el supuesto de que el trabajador se niegue a recepcionar el documento, la comunicación debe ser remitida mediante notario, juez de paz o de la policía en caso de falta de uno de aquellos, la referida comunicación resultará válida en caso que se notifique al último domicilio del trabajador registrado en su centro de trabajo, cabe precisar, que el empleador está facultado de remitir la carta de imputación de la causa del despido en el mismo centro de trabajo.

Es necesario precisar que todo lo antes mencionado acerca del procedimiento para el despido, se encuentra regulados en los artículos 31 y 32 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, en concordancia con los artículos 41, 42, 43 y 44 del Decreto Supremo N° 001-96-TR.

1.3.4.2 Despidos Ilegales relacionados al Tema

Es oportuno señalar que este apartado ha sido considerado, en razón de la temática de la presente tesis, es decir que precisaré únicamente dos tipos de despidos ilegales que desde mi perspectiva se encuentran relacionados al tema.

a) Despido Arbitrario

Entiéndase al despido arbitrario como la decisión unilateral por parte del empleador de extinguir el vínculo laboral con su trabajador sin que exprese causa justa o en caso de expresarla, esta no es demostrada vía judicial. Es decir, que es la decisión que va a perjudicar al trabajador ya que se prescindirá injustificadamente de su vínculo laboral.

Nuestra Constitución, en su artículo 27, otorga al trabajador una adecuada protección contra el despido arbitrario, es decir existe una orden para que el legislador diseñe mecanismos de defensa en caso de que los empleadores perjudiquen injustificadamente a los trabajadores garantizando así su adecuada protección.

Nuestro ordenamiento jurídico lo regula en el artículo 34 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, en donde señala los supuestos de configuración, siendo estos los siguientes: i) en el supuesto que el empleador no exprese causa justa para el despido, ii) cuando el empleador no cumple con el procedimiento establecido para el despido; y iii) cuando el empleador imputa al trabajador una causa justa para su despido, pero que judicialmente se determina que no existió dicha causa o no se configuraba la comisión de una falta grave.

Ante un despido arbitrario nuestro ordenamiento jurídico ha señalado una tutela resarcitoria que el pago de una indemnización es la única manera en la que el empleador puede reparar el daño que le ha causado al trabajador.

Ahora bien, al respecto la doctrina ha establecido como sanción impuesta al empleador por la disolución injusta e ilícita de la relación de trabajo lo señalado en el artículo 38 del Decreto Supremos N° 003-97-TR, que la indemnización por despido arbitrario en el caso de un contrato de trabajo a plazo indeterminado, será equivalente a 1 remuneración y 1/2 ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de 12 remuneraciones; asimismo, en el supuesto de una indemnización por despido arbitrario en el caso de un contrato de trabajo a plazo determinado, será equivalente a 1 remuneración y 1/2 ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con un límite de 12 remuneraciones, conforme lo prevé el artículo 76 del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Dicha indemnización deberá ser abonada al trabajador dentro de las 48 horas de producido el cese, de lo contrario se entiende que se devengará los intereses legales correspondientes. Asimismo, el plazo que tiene el trabajador para ejercer su derecho y accionar judicialmente su pretensión de indemnización por despido arbitrario es de 30 días hábiles, pasado este tiempo, caduca su derecho.

Sin objetar lo antes explicado, se entiende que el empleador goza del derecho de despedir al trabajador, siempre y cuando este alegue una causa justa debidamente comprobada y regulada legalmente, es decir esto significaría que el empleador haga un ejercicio regular de su derecho, pero a su vez no goza del derecho de despedir arbitrariamente, en tal caso, el despido arbitrario implicaría siempre un ejercicio abusivo del derecho a extinguir unilateralmente el contrato de trabajo.

Explicado de otra manera, el despido arbitrario significa un acto abusivo que nuestro ordenamiento jurídico admite, toda vez que la acción que opera frente a este despido ilegal es la resarcitoria, es decir la indemnización, tal como se ve reflejado en el artículo 27 de nuestra Constitución Política y que se contrapone al artículo 103 de nuestra carta magna ya que este artículo rechaza totalmente el abuso de derecho.

Ahora bien, sin perjuicio de lo antes dicho, tomando en cuenta la sentencia recaída en el Expediente N° 976-2001-AA/TC, sobre el caso Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A; nuestro Tribunal Constitucional conforme se ha

pronunciado en los considerandos décimo tercero, décimo cuarto y décimo quinto, se puede entender desde dos perspectivas al régimen de protección contra el despido arbitrario tal como lo señala Valderrama Valderrama y Tovalino Castro, siendo estas las siguientes: “a) desde el punto de vista sustantivo, el cual implica una protección preventiva, ya que el fin del legislador es advertir o evitar que se produzca el despido arbitrario, ya que el legislador señala que únicamente procederá cuando exista causa justa, y una protección reparadora, ya que el legislador también precisa el pago de una indemnización en caso de que se produzca el despido arbitrario; b) desde el punto de vista procesal, por medio del cual se establece una protección jurisdiccional y que puede ser simultáneo al punto de vista sustantivo, y que abarca dos modelos, es decir una acción indemnizatoria que se interpone vía ordinaria laboral, y la acción de amparo, que va a buscar restaurar las cosas a su estado primitivo, es decir a la situación en la que se encontraba antes de que se realice la vulneración o amenaza de un derecho constitucional” (Valderrama & Tovalino, 2014)

b) Despido Nulo

Se considera como nulo a todo despido que tenga por motivo alguno de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución, por Ley o ya sea que se produzca mediante la violación de derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador.

Sobre el particular, el Decreto Supremo N° 003-97-TR, mediante el artículo 29 señala los supuestos bajo los cuales se tipifica el despido nulo, en donde básicamente radica la necesidad de proteger derechos como los previstos en el inciso 2 del artículo 2 (el derecho a no ser discriminado), inciso 1 del artículo 26 (derecho a la igualdad de oportunidades sin discriminación), inciso 1 del artículo 28 (derecho a la libertad sindical) y finalmente el inciso 3 del artículo 139 (derecho a la tutela jurisdiccional), entre otras de nuestra Carta Magna.

Siendo así, entendemos que este despido deviene en ilegal previsto por nuestro propio ordenamiento jurídico ya que vulnera derechos fundamentales, por ende, resulta totalmente entendible que la protección que se le otorga al trabajador frente

a este despido es más amplia, resultante en una tutela restitutoria, es decir, la reposición del trabajador a su centro de trabajo.

Este despido, al igual que el arbitrario, contempla un plazo de 30 días hábiles para que el trabajador pueda accionar judicialmente su pedido de reposición por el despido nulo, ya que, pasado ese plazo, su derecho caduco. Por tanto, la decisión judicial va a ordenar al empleador que este reincorpore al trabajador a su centro de trabajo mas no en el mismo puesto de trabajo que tenía al ser despedido, ya que en el supuesto de que esto no sea posible, se le deberá reincorporar en otro cargo igual o de similar jerarquía, siempre y cuando esto no afecte su nivel remunerativo y categoría anterior.

Ahora bien, una de las principales consecuencias que conlleva el mandato judicial de reposición, es la obligación que se le genera al empleador de cancelar al trabajador las remuneraciones dejadas de percibir, es decir el pago de los devengados, y por consiguiente los beneficios sociales devengados. Otra consecuencia jurídica de dicho mandato, es el reconocimiento del tiempo de servicios y los depósitos de la compensación por tiempo de servicios por el periodo dejado de laborar a causa del despido declarado nulo.

Tal como ha quedado claro, el despido nulo va a lesionar derechos fundamentales del trabajador, al respecto como lo mencioné párrafos anteriores el artículo 29 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, señala expresamente los supuestos que califican como despido nulo, por lo que, teniendo en cuenta el tema de investigación a desarrollar, se procederá a desarrollar únicamente dos de dichas causales ya que son las que servirán para la temática de la tesis:

- La discriminación por razón de sexo, raza, religión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole: regulado en el inciso d) del artículo 29 del Decreto Supremo antes citado, guarda relación con lo consagrado en el artículo 2 de la Constitución Política del Perú, en cuanto a los derechos fundamentales de la persona; en lo que respecta a la igualdad y no ser discriminado por razones subjetivas.

Ahora bien, el artículo 48 del Decreto Supremo N° 001-96-TR, precisa que se considera discriminatoria, para lo dispuesto en el párrafo anterior,

una notoria desigualdad no sustentada en razones objetivas o el trato marcadamente diferenciado entre varios trabajadores.

De este artículo podemos descifrar dos aspectos importantes: a) la notoria desigualdad, desigualdad que podría ser no tan notorias o simulada, pero que en realidad va a afectar al trabajador, hecho que de cierto modo será difícil de demostrar, y que no dejarán de ser desigualdades que perjudicarán al trabajador, b) al trato marcadamente diferenciado, es decir, que la frialdad, la majestuosidad o cualquier otro hecho que no sea marcadamente visible no podrán ser considerados como actos discriminatorios pero que seguirán siendo actos que van a perjudicar al trabajador.

- El estado de embarazo: regulado en el inciso e) del artículo 29 del Decreto Supremo antes citado, guarda relación con lo consagrado en el primer párrafo del artículo 23 de la Constitución Política del Perú, en cuanto señala que el Estado debe brindar una especial protección a la madre, motivo por el cual, en alusión a dicha especial protección es tipificarla como causal de despido nulo, la misma que va a abarcar en cualquier momento del periodo de gestación extendiéndose a los 90 días posteriores al parto, es decir, que si es despido se produce durante este periodo se presumirá, con arreglo a derecho, que tiene por motivo el embarazo, siempre y cuando el empleador hubiera tomado conocimiento documentariamente del embarazo previo al despido, en este sentido, nuestra jurisprudencia ha precisado que en el supuesto de una omisión de informar al empleador del estado de embarazo no impide que se califique el despido como nulo cuando dicho estado era evidente, particularmente, mi opinión personal es que si el objetivo es que el empleador tome conocimiento del estado de gestación de la trabajadora, no debería importar el medio por el cual este así lo hiciera, únicamente bastaría con que en l vía judicial se demuestre que el empleador si tenía conocimiento pleno del estado de gravidez de su trabajadora, acogándose así a lo contemplado en el apartado normativo en mención, más aún cuando guarda estrecha relación con el mandato constitucional.

1.3.5 DERECHOS FUNDAMENTALES

1.3.5.1 Definición de los Derechos Fundamentales

Inicialmente los derechos fundamentales fueron forjados para ser aplicados como la garantía de las personas frente a las vulneraciones o injerencias dirigidas del poder estatal, hecho que en la actualidad se ha extendido también a las relaciones establecidas directamente entre los particulares, ya que se ha demostrado que no es únicamente el poder estatal quien puede afectar o transgredir los derechos fundamentales, sino también el poder económico y las facultades que el ordenamiento jurídico le otorga a determinados sujetos de derecho, como sería el caso de los empleadores.

Ahora bien, el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española califica el término Derechos, como “Aquel conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda la sociedad (...)” (Real Academia de la lengua española, 2017), así también, define a los derechos fundamentales como “Aquellos que, por ser inherentes a la dignidad” (Real Academia de la lengua española, 2017)

De tal definición, se puede concluir que los derechos fundamentales son aquello que por su característica de encontrarse supremamente ligados a la dignidad y al desarrollo de la persona humana, se imponen a un Estado, que los va a recoger y expresar fácticamente en su carta magna, dotándolos de una investidura que los convierte en un delimitador para el actuar del ciudadano durante la realización de determinados actos.

1.3.5.2 Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales

El contenido esencial de los derechos fundamentales, es todo aquello que deviene en lo mínimamente exigible de la esencia del referido derecho, es decir que surge de situar a cada derecho en el contexto constitucional en la que se halla establecido, es así como nuestro Tribunal Constitucional se pronuncia al respecto en la sentencia recaída en el Expediente N° 1042-2002-AA/TC (Sindicato Unitario de

Trabajadores Municipales del Rímac contra La Municipalidad Distrital del Rímac) en el fundamento 2.2.4 sobre señala que : “el contenido esencial de un derecho fundamental está constituido por aquel núcleo mínimo e irreductible que posee todo derecho subjetivo reconocido en la Constitución, que es indisponible para el legislados, debido a que su afectación supondría que el derecho pierda su naturaleza y entidad, en tal sentido, se desatiende o desprotege el contenido esencial de un derecho fundamental, cuando este queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable y lo despojan de la protección constitucional otorgada” (STC del Expediente N° 1042-2002-AA/TC, 2002)

En este orden de ideas, podemos interpretar que la eficacia de los derechos fundamentales, se van a manifestar de dos maneras: i) Eficacia inmediata, que se entiende cuando el derecho fundamental encuentra su tutela en el contenido constitucional, y ii) Eficacia diferida, será necesaria su expedición a la regulación legislativa, aun cuando se encuentre recogida constitucionalmente, tengamos en cuenta, que su exigibilidad no va a garantizar su reconocimiento, sino que se encuentra vinculada con la eficacia que estos tengan tanto en el marco constitucional como en el legislativo.

Es decir que, el referido contenido, vendría a ser la esencia de cada derecho fundamental, consecuentemente, el legislados no podrá disponer de él, es decir que se encuentra imposibilitado de dictaminar leyes que lo recorten, y en el supuesto que esto llegara a suceder, dichas normas podrían declararse inconstitucionales previo al procedimiento constitucional correspondiente, consecuentemente no serían aplicadas.

1.3.5.3 Derechos Fundamentales en las Relaciones Laborales

La relación contractual que se establece entre el empleador y el trabajador de manera voluntaria supone un recorte de la autonomía del trabajador, ya que se verá sometido (subordinación) a las órdenes del empleador, entiéndase que lo que se espera es que dicho sometimiento no implique la vulneración de los derechos fundamentales de ninguna de las partes contractuales.

Los derechos fundamentales modifican el contenido del contrato de trabajo, sobre todo al ejercicio de las facultades del empleador, ya que estos se encuentran

impedidos de generar consecuencias inconstitucionales, perjudiciales de los derechos fundamentales del trabajador.

Ahora bien, los derechos fundamentales mantienen su eficacia en todo ámbito de la relación laboral, es decir también se aplica a las relaciones colectivas y no únicamente a las individuales de trabajo, hecho que guarda relación con lo prescrito en el párrafo tercero del artículo 23 de nuestra Constitución Política, en donde se señala que: “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”(Constitución Política del Perú, 1993)

Dicho esto, podemos concluir nuevamente con el reconocimiento de los derechos fundamentales y el derecho-principio de la dignidad humana, además, actualmente es común hablar de derechos específicos laborales y derechos inespecíficos laborales.

a) Derechos Fundamentales Específicos Laborales

Los doctores Manuel Carlos Palomeque López y Manuel Álvarez de la Rosa, señalan que los derechos específicos laborales tienen: “su origen específico o razón de ser (exclusiva o principalmente) en el ámbito de las relaciones laborales, de modo que no es posible técnicamente su ejercicio fuera de las mismas. La relación de trabajo, activa o como referencia pretérita o de futuro, se convierte de este modo para aquellos en presupuestos insoslayable de su nacimiento y ejercicio” (Palomeque & Álvarez, 2001).

Es decir, que estos derechos van a comprender a los empleadores como a los trabajadores ya que son estos quienes forman parte de la relación de trabajo.

b) Derechos Fundamentales Inespecíficos Laborales

Respecto a los derechos fundamentales inespecíficos laborales, los doctores Manuel Carlos Palomeque López y Manuel Álvarez de la Rosa, señalan que son: “otros derechos constitucionales de carácter general y, por ellos, no específicamente laborales (que) pueden ser ejercidos, sin embargo, por los sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores, en particular) en el ámbito de las mismas por lo que en tal caso adquieren un contenido o dimensión laboral sobrevenido. Se produce una

“impugnación laboral” de derechos de titularidad general o inespecífica por el hecho de su ejercicio por trabajadores asalariados (también eventualmente por empresarios) a propósito y en el ámbito de un contrato de trabajo” (Palomeque & Álvarez, 2001).

Es decir que se trata de aquellos derechos que son atribuidas a todas las ciudadanas pero que van a ser ejercidos únicamente por quienes se encuentran en una relación laboral, convirtiéndose de esta manera en verdaderos derechos laborales dado el vínculo laboral que se establece entre el trabajador y su empleador.

1.3.5.4 Afectación a los Derechos Fundamentales de la Trabajadora Embarazada en el periodo de Prueba

A continuación, durante el desarrollo del presente apartado se establecerán 04 derechos fundamentales que se verán afectados en el supuesto que el empleador decida extinguir la relación laboral entre su persona con una trabajadora gestante que se encuentra durante el periodo de prueba a razón de su embarazo.

a) Derecho a la Maternidad

Este derecho constituirá una situación especial que va a buscar proteger específicamente a la mujer durante su desarrollo en esta etapa, e incluso posterior al parto, brindándole la viabilidad para su desarrollo pleno en esta faceta ya sea, mediante la estabilidad laboral, la igualdad en el trabajo por razón de sexo, entre otros.

Ahora bien, como es sabido, este derecho implica para el empleador mayores costos laborales, ya que la condición misma de estar embarazada significará que en ciertas ocasiones deberán concederle permisos para sus chequeos médicos, así como brindarle las condiciones y los instrumentos que garanticen la seguridad de su salud y el correcto desarrollo de su embarazo.

La OIT ha desarrollado 3 convenios que protegen el derecho a la maternidad, estos son el Convenio N° 03- Sobre la protección de la maternidad, (1919), y el Convenio N° 103- Sobre la Protección de la maternidad (1952), en ambos convenios se especifica sobre la prevención en el supuesto de que la mujer se ausente de su puesto de trabajo durante la licencia que por ley les corresponde y finalmente el Convenio

N° 183- Sobre la Protección de la maternidad (2000), mediante el cual se extendió la protección a la mujer gestante en relación a este derecho para todo el periodo del embarazo y la licencia de maternidad, incluyendo incluso al momento del posterior reintegro de la trabajadora a su centro de trabajo, cabe precisar que este último convenio es el único que ha sido ratificado por nuestro Estado a través de la Resolución Legislativa N° 30312, asimismo, el artículo 29 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, en su inciso e) precisa que deviene en nulo el despido que se produce durante cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto.

b) Derecho al Trabajo

Este derecho ostenta un atributo supraconstitucional dado que se encuentra inmerso dentro de tratados internacionales, los cuales han sido ratificados por el estado peruano. La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, estableció en su artículo 23, que toda persona tiene derecho al trabajo. Asimismo, el pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1969), aprobado por el Estado Peruano, mediante Decreto Ley N° 22129 de fecha 28 de marzo de 1978, en su artículo 6, se menciona que todos los Estados que forman parte del referido pacto reconocen el derecho al trabajo y finalmente, el tratado internacional que específicamente brinda protección a la mujer en cuanto al trabajo, es el inciso a) del numeral 1 del artículo 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en donde se reconoce al derecho al trabajo, como derecho propio del ser humano.

A nivel constitucional, se encuentra reconocido en el artículo 22 de la Constitución Política del Perú en donde expresamente se señala que: “el trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona” (Constitución Política del Perú, 1993), ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia nacional han establecido que este derecho contempla dos dimensiones, las cuales son las siguientes: a) una dimensión señala que el Estado adopte una política que logre que la población pueda acceder a un puesto de trabajo, y b) otra dimensión,

establece el derecho a no ser despedido, a menos que exista una causa justa, tal como se ha explicado en el capítulo 2 de la presente tesis.

Tal como se ha establecido, el trabajo constituye tanto un deber como un derecho para la persona, para poder asegurar una vida digna, dicho de otro modo, este trabajo significa un medio por el cual la persona va a obtener un ingreso ya sea semanal, quincenal o mensual el cual le va a permitir tanto las necesidades de sus familiares como sus necesidades personales.

Explicado esto, el derecho constitucional al trabajo se verá vulnerado, una vez que el empleador haga un uso excesivo de su facultad extintiva de la relación laboral que ostenta durante el periodo de prueba, acción que en el fondo intenta revestir o disimular un actor claramente discriminatorio, ya que dicha facultad le permite no brindar un sustento tanto objetivo como causal, vulnerando así la segunda dimensión del derecho al trabajo

c) Derecho a la no discriminación

Este derecho al igual que el anterior, cuenta con un reconocimiento supranacional, tal como lo precisa el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en donde se señala que: “todos son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación” (Organización de las Naciones Unidas, 1948). Posterior a ello aparece el Convenio N° 111 de la OIT- Sobre la Discriminación (1958) y la cual fue ratificada por el Perú el 10 de agosto de 1970, expresamente en su artículo 1 señala que el término discriminación comprende lo siguiente: “a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por defecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; y b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones

existan, y con otros organismos apropiados” (Convenio N° 111- Sobre la Discriminación (empleo y ocupación), 1958)

Asimismo, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, adoptado por la Organización de los Estados Americanos, ratificado por nuestro país el 07 de diciembre de 1978, y que en cuyo artículo 24 señala expresamente que: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección ante la ley” (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969).

Ahora bien, específicamente un trato internacional que protege a la mujer podemos mencionar a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, cuyo artículo 1, prescribe que: “la expresión discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económicas, social, cultura y civil o en cualquier otra esfera” (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979), asimismo, el inciso a) del artículo 11 de la misma convención estipula expresamente la prohibición del despido por motivo de embarazo.

En este sentido, queda establecido que este derecho goza de un reconocimiento supraconstitucional, por consiguiente nuestra carta magna la ha recogido en el inciso 2 del artículo 2 de dicho cuerpo normativo.

Se entiende por discriminación al trato diferenciado por motivo prohibido o ilegal y cuyo efecto va a ser el alterar la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades, entonces, en este orden de ideas, es posible afirmar que lo que se busca con el derecho a la igualdad es impedir la existencia de estos tratos, a menos que estos provengan con un sustento objetivo y razonable.

Ahora bien, en el terreno laboral, el derecho a la igualdad de oportunidades genera la posibilidad de que todas las personas accedan a un puesto de trabajo en las mismas condiciones, pero durante la relación laboral, aparece un nuevo termino a

operar que vendría a ser la igualdad de trato, en otras palabras, lo que se intenta explicar es que esta igualdad de trato va a buscar brindar una protección y atención especial a aquellas personas que se encuentran dentro de un sector vulnerable, como es el caso de las trabajadoras en estado de gravidez.

En tal sentido, se entiende que la extinción de la relación laboral que se funda en el estado de gestación de la trabajadora no puede constituir una causa justa, sino por el contrario un acto discriminatorio, configurándose tal como lo señala la jurisprudencia nacional e internacional, una clara discriminación por razón de sexo, ya que este hecho comprende a aquellos actos despectivos que encuentran su fundamento en la concurrencia de ciertas situaciones como es el caso del embarazo, ya que por obvias razones les sucede exclusivamente a las mujeres.

d) Derecho a la Seguridad Social

Al respecto, el Dr. William Meléndez Trigos, precisa que viene a ser el conjunto de actividades realizadas por la sociedad, mediante decisiones políticas, reglas, procedimientos y técnicas con el fin de evitar riesgos sociales y en el caso de que se produzcan daños, estos sean reparados. (Meléndez, s.f), se entiende que este derecho va a encontrar su fundamento en la libertad de acceso a las prestaciones de salud y pensiones, cabe precisar que no es necesario que la persona se encuentre en un estado de necesidad para poder acceder a estos derechos, sino por el contrario es el principio de universalidad del que goza toda persona el que le brinda la garantía para el ejercicio de su derecho.

Ahora bien, el derecho social se encuentra regulado a nivel supraconstitucional, exactamente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en cuyo artículo 22, señala que: *“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”* (La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), y en cuanto a un tratado internacional que busca proteger de manera específica a la mujer, podemos mencionar a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en cuyo

incido e) numeral 1 del artículo 11, menciona lo siguiente: “El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas” (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979)

Constitucionalmente hablando, este derecho también se encuentra desarrollado, tanto en el artículo 11 y 12 de dicho cuerpo normativo, ya que el Estado Peruano ha ratificado el Convenio 102 de la OIT- Sobre la Seguridad Social (1952).

Es decir, que después de haber desarrollado este derecho, podemos concluir que en el supuesto de que el empleador ejerza de manera abusiva la facultad extintiva de la que goza durante el periodo de prueba frente a una trabajadora que se encuentra en estado de gestación, lo conlleva a vulnerar o transgredir de manera indirecta, es decir a futuro, el derecho a la seguridad social, ya que esta se vería impedida de recibir las prestaciones económicas que el sistema de Salud le brindaría.

1.3.6 PERIODO DE PRUEBA Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA NO DISCRIMINACIÓN DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA

1.3.6.1 La Relación Laboral de la Trabajadora Embarazada en el Periodo de Prueba

a) La Estabilidad Laboral en el Periodo de Prueba

En nuestra realidad nacional, resulta totalmente inestable la concepción del periodo de prueba, ya que es el empleador quien tiene la facultad o la posibilidad de determinar sobre la continuación o no del trabajador una vez acabado el periodo de prueba o de lo contrario prescindir de él sin la necesidad de expresar causa alguna antes de vencido el plazo.

Ahora bien, la facultad extintiva del empleador no es absoluta ya que se puede inferir que será totalmente aceptable la extinción de la relación laboral siempre y cuando el trabajador no haya cumplido con demostrar un correcto rendimiento a favor de la empresa, que sus actitudes, capacidades y aptitudes no sean los esperados para lograr alcanzar el fin que el empleador persigue con su empresa.

Es necesario precisar que en los años 90' en nuestro país se atravesó por una etapa de flexibilización laboral, ya que lo que buscaban era impulsar la competitividad del sector industrial, a consecuencia de ello se ha generado una condición precaria para los trabajadores que se encuentran dentro del periodo de prueba, pues están a merced de su empleador y consecuentemente a la continuación de la relación laboral, nuestra carta magna, en su artículo 23 indica, que ninguna relación de trabajo puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni mucho menos menoscabar la dignidad humana, en este sentido aun cuando el trabajador ostenta la facultad extintiva durante esta etapa de prueba los derechos fundamentales del trabajador son los límites que el empleador tiene para hacer ejercicio de dicha facultad.

b) Protección a la Trabajadora Embarazada en el Periodo de Prueba

Ahora bien, como se entiende, la condición de embarazo de la trabajadora significa que esta se verá imposibilitada de rendir y generar la misma productividad en favor de su empleador, generando como se mencionó anteriormente un aumento en los costos laborales.

Este tema es discutible, toda vez que aun cuando en esta etapa del periodo de prueba cualquiera de las partes puede dar por concluido la relación laboral sin que se encuentre obligado a expresar la causa de ello, normalmente es el empleador quien se va a encontrar en mejores condiciones para efectivizarlo, frente a ello se encuentra la situación de la trabajadora, quien al encontrarse embarazada necesitará una mayor protección, ya que incluso históricamente hablando ha atravesado por un terreno que históricamente ha sido continuamente discriminado por el sector laboral.

De allí es que nace la necesidad de brindar una protección más eficaz para la mujer gestante, ya que tal como lo señala el Tribunal Constitucional en la Sentencia emitida en el Expediente N° 2456-2012-AA/TC, fallaron a favor de la empresa demandada, expresando que dada la situación de que la trabajadora no había superado el periodo de prueba, esta no se encontraba protegida frente a un despido arbitrario, decisión que toman sin hacer un mayor análisis de la demanda planteada. De dicha sentencia podemos concluir que la mujer en estado de gestación se

encuentra en total desprotección frente a la extinción de la relación laboral más aun cuando esta se encuentra en el periodo de prueba, hecho que vulnera y transgrede derechos supraconstitucionales.

Nuestro ordenamiento jurídico, tal como lo señalé anteriormente, brinda una protección que deja incluso ante ello una puerta abierta a la posibilidad de perjudicar o afectar a la trabajadora, ya que únicamente advierte la posibilidad de ser protegida en el supuesto que esta ponga de conocimiento de manera escrita al trabajador de su estado de gestación, hecho que a mi parecer resulta innecesario ya que existen otros medios idóneos para que el empleador tome conocimiento, como son los cambios físicos que la trabajadora adquiere, o inclusive la tecnología actual que comúnmente utilizamos.

1.3.7 INDEMNIZACIÓN

1.3.7.1 Definición de Indemnización

La etimología de la palabra Indemnizar, según la Enciclopedia Jurídica Universal, europeo-americana, proviene de la palabra INDEMNE, lo que significa “el resarcimiento de un daño o perjuicio causado” (Enciclopedia Jurídica Universal Ilustrada, europeo-americana, 1945). Por consecuencia la Indemnización vendría a ser la acción de reparar o resarcir los daños que una persona le cause a otra.

Ahora bien, en cuanto a la indemnización que nos compete para el desarrollo de la presente tesis, es analizar la indemnización por despido injustificado, que por regla general va a favorecer al trabajador.

Es necesario precisar que se toma en cuenta la teoría de la Responsabilidad Civil para el desarrollo de este acápite puesto que tal como lo señala el Doctor Espinoza, la responsabilidad civil se define como aquella técnica de defensa (civil) de los derechos u otras condiciones legales cuya única finalidad es el imputar al responsable (que no necesariamente viene a ser el autor) la obligación de resarcir los daños que haya ocasionado” (Espinoza, 2011)

Tamayo Lombana, quien opina que: la responsabilidad civil es fuente de obligaciones, por cuanto somete a quien ha ocasionado un perjuicio a reparar las

consecuencias de este daño. Tal persona que resulta obligada a indemnizar es el civilmente responsable (Tamayo Lombana, 2009)

Ricardo de Ángel Yagués, menciona que “se deben reparar o indemnizar los daños que el sujeto ha ocasionado, basándose principalmente en el principio de que no se debe dañar a nadie, partiendo de esa idea genérica” (De Ángel, 1993)

Como se puede observar son muchas las definiciones sobre esta institución jurídica, desde mi punto de vista, la mayoría acertadas y ciertamente recogidas por la doctrina, pero dado el gran avance y el continuo desarrollo global y social es que resulta sumamente necesario crear nuevas ideas que recojan estos cambios, tal como lo menciona el Guido Alpa, al señalar que el sector de la responsabilidad civil se encuentra en constante evolución y que los confines de esta son inestables. El cambio de orientación de los tribunales, la intervención del legislador y la adecuación de las prácticas del campo de los seguros, modifican el sistema legado por la tradición. (Alpa, 2006)

1.3.7.2 Elementos de La Responsabilidad Civil

El presente acápite se desarrollará tomando en cuenta los requisitos establecidos según el doctor Taboada Córdoba, los cuales son:

a) La antijuricidad o la ilicitud.

Taboada Córdoba sostiene que la antijuricidad es únicamente una conducta que contraviene una norma, sino también que dicho comportamiento va a transgredir el sistema jurídico en su totalidad y consecuentemente violentar los valores o principios sobre los cuales se construye el sistema jurídico. (Taboada Córdoba, 2003)

Por su parte Bustamante Alsina, refiere que el acto ilícito consiste en una vulneración a la ley que va a generar un daño hacia otro y que obliga a la reparación a quien resulte responsable en virtud de imputación o atribución legal del perjuicio. (Bustamante Alsina, 1997)

b) El daño causado.

Asimismo, Taboada Córdova nos refiere que el daño causado es el siguiente aspecto básico de la responsabilidad civil, aunque ciertamente no es el único, ya que ante la ausencia del daño no cabe la posibilidad de indemnizar. Y es que es tan importante es este aspecto del daño producido, que muchos juristas han preferido nombrar, con mucho acierto, a la responsabilidad civil como el derecho de daños. (Taboada Córdova, 2003)

Ahora bien, entiéndase que lo que se busca es la reparación de un daño a un bien jurídico protegido, como es el caso de los derechos fundamentales de la trabajadora gestantes que se ven vulnerados por el actuar ilegítimo del empleador al hacer un uso irrestricto de su facultad extintiva durante el periodo de prueba.

Ahora bien, se clasificará el daño causado a la trabajadora gestante despedida durante el periodo de prueba en dos tipos de daños, como lo son:

- **Daño Patrimonial**, que viene a ser el daño económico que se le genera a la trabajadora
 - Daño emergente: que supone la pérdida real y efectiva derivada de la extinción de la relación laboral, tal como lo señala Espinoza Espinoza, quien sostiene que en los casos donde se den este tipo de daños es pues la afectación a la esfera patrimonial del sujeto que es el dañado o el que ha soportado el evento dañoso (Espinoza Espinoza, 2011)
 - Lucro Cesante: corresponde a los ingresos que la trabajadora deja de percibir dada la extinción de la relación laboral, hecho que se agrava si nos ponemos en el estado de gestación en el la trabajadora se encuentra ya que por dicha condición se le generan gastos necesarios y de suma importancia que se ven imposibilitados de realizar puesto que ya no cuenta con el puesto de trabajo.
- **Daño Moral**, Estrella Cama citando a Fernández Sessarego, indica que: considera que actualmente en este grupo, de acuerdo a la doctrina, existe pues el llamado daño a la persona y por otro lado el daño moral. (Cama, 2012)

1.4 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Es procedente la indemnización de la mujer gestante despedida por discriminación en el periodo de prueba?

1.5 JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO

La presente investigación encuentra su justificación, en la teoría de la estabilidad laboral reforzada, el cual establece que bajo ninguna circunstancia una trabajadora gestante puede ser despedida por razón de su embarazo; en ese sentido, se pretende que la protección para la mujer en estado de gravidez que labora tiene que ser eficaz y efectiva, es por ello que su aplicación está sometida a un control constitucional sumamente estricto, dado que resulta insuficiente, el hecho de que el ordenamiento jurídico asegure una remuneración para las trabajadoras embarazadas, sino también resulta sumamente necesario proteger de manera sustancial su derecho al trabajo. Del mismo modo, encuentra su justificación académica, en el curso de Derecho Laboral, señalando específicamente las relaciones laborales de las trabajadoras gestantes que se encuentran sujetas al período de prueba. Asimismo, la presente investigación posee justificación práctica, siendo esta la necesidad de establecer los lineamientos, directrices o parámetros, bajo los cuáles los empleadores deberán limitarse para hacer uso de la facultad extintiva de la relación laboral con la que gozan durante el período de prueba, con el único fin el cual es evitar que incurran en un uso abusivo de dicha facultad, y por ende resulten transgrediendo los derechos fundamentales de la trabajadora gestante, así como del concebido. También, encuentra su justificación valorativa, pues busca la protección fáctica y legal efectiva de las trabajadoras que se encuentran en estado de gestación durante el período de prueba, a razón de que forman parte de un sector históricamente y socialmente vulnerable de la población laboral. Finalmente, esta investigación busca la posibilidad de determinar si es factible una indemnización ajustada a las circunstancias y situación con la finalidad de tutelar y salvaguardar los derechos de la trabajadora gestante quien a consecuencia de un despido “nulo” se encuentra desprotegida.

1.6 HIPÓTESIS

Sí, es procedente la indemnización por daños y perjuicios a favor de la mujer gestante que durante el periodo de prueba laboral-el cual concierne a los tres primeros meses con la posibilidad de que se extienda a seis- es despedida por acto discriminatorio por parte de su empleador.

1.7 OBJETIVOS

- **General:** Determinar si es procedente indemnizar por daños y perjuicios a la mujer gestante en mérito al despido discriminatorio durante el periodo de prueba.

- **Específicos:**
 - ❖ Determinar cuál es el límite facultativo del empleador para poner fin a la relación laboral durante el periodo de prueba de las trabajadoras gestantes.

 - ❖ Explicar las condiciones en las que se vulneran los derechos de las trabajadoras en estado de gravidez por parte de su empleador al ser despedidas.

II. METODO

2.1 DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

El presente trabajo de investigación tiene connotación de naturaleza cualitativa, en la medida que trata acerca de determinar si se debe Indemnizar por Discriminación de la Mujer Gestante durante el período prueba laboral, ya que se busca alcanzar con claridad los objetivos planteados y de esta manera acreditar el sustento de mi hipótesis, llegando a la conclusión de que sí, se debería resarcir o reparar el daño padecido por las mujeres gestantes puesto que esta investigación es de tipo dogmático se analizará legislación nacional como internacional, doctrina, jurisprudencia y los diferentes enfoques que los especialistas proporcionen al momento de entrevistarlos, con el fin de que ayuden a establecer y reforzar la solución del problema.

2.2 VARIABLES, OPERACIONALIZACIÓN:

2.2.1 VARIABLES:

- **Variable Independiente:** Despido por discriminación a la mujer gestante en el periodo de prueba.
- **Variable Dependiente:** Indemnización por daños y perjuicios.⁷

2.2.2 OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES:

VARIABLE	DEFINICION CONCEPTUAL	DEFINICION OPERACIONAL	INDICADORES	ESCALA DE MEDICION
VARIABLE INDEPENDIENTE : El Despido por Discriminación a la	<u>El Despido por Discriminación a la mujer gestante en el periodo de prueba:</u>		Analizar los tipos de despido regulados, la discriminación por	

<p>mujer gestante en el periodo de prueba</p>	<p>Es la extinción de la relación laboral de manera unilateral dado el estado de gravidez en el que se encuentra la mujer, el despido se realiza durante el periodo de prueba que es la facultad que posee el empleador para prescindir de los servicios de la trabajadora, claro está, debe mediar causa justa y real.</p>	<p>Se estudiará la normativa nacional e Internacional que regula la situación laboral en cuanto a la estabilidad laboral, el periodo de prueba, las mujeres gestantes.</p>	<p>razón de sexo de la que es objeto la mujer gestante al momento de ser despedida y la situación de la mujer en estado de gravidez durante el periodo de prueba, tanto nacional como internacionalmente.</p>	<p>Razón: Fundamentación</p> <p>Dado a que se investigará la legislación nacional e internacional y las situaciones en concreto del objeto del tema, es por esta razón que no se partirá de una cuantificación sino cualificación de los documentos revisados y analizados.</p>
<p>VARIABLE DEPENDIENTE: La Indemnización por daños y perjuicios.</p>	<p><u>Indemnización por daños y perjuicios:</u> Es el resarcimiento del daño causado a una persona, daño que debe ser debidamente acreditado para así atribuir la imputabilidad del hecho al actor.</p>	<p>Se estudiará la normativa nacional e Internacional que regula el escenario civil en cuanto a la indemnización por daños y perjuicios, derivados de la discriminación por sexo.</p>	<p>Se analizará los daños causados en la mujer en estado de gravidez despedida por discriminación durante el periodo de prueba, en todos los ámbitos (sociales, psicológicos, económicos, morales y físicos),</p>	

2.3 POBLACIÓN Y MUESTRA

2.3.1 POBLACIÓN

Para el desarrollo del presente trabajo no existe población puesto que el diseño de investigación es cualitativo.

2.3.2 MUESTRA

La presente investigación no existe muestra de estudio, puesto que es de diseño cualitativo.

2.4 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

<u>TÉCNICA</u>	<u>INSTRUMENTO</u>
ENTREVISTAS A ESPECIALISTAS:	<u>Guía de entrevista:</u> <ul style="list-style-type: none">▪ Entrevista a expertos en Derecho Laboral.▪ Entrevista a expertos en Derecho Civil.
ANÁLISIS DE DOCUMENTOS:	<u>Guía de análisis de documentos:</u> <ul style="list-style-type: none">▪ Análisis de la regulación, sentencias, doctrina, jurisprudencias y documentos nacionales e internacionales.

2.5 MÉTODOS DE ANÁLISIS DE DATOS

a) Teorías Fundamentadas:

Teoría de la Estabilidad Reforzada y la Teoría de Responsabilidad Civil:

Esta teoría fue creada con el fin de salvaguardar los derechos de la población de trabajadores en condiciones más vulnerables o que se encuentran en cierta desventaja frente a sus compañeros y ante los ojos de su empleador, siendo así, se tiene claro que se realizará investigación únicamente cualitativa, ya que me centraré en analizar fuentes doctrinarias y jurisprudenciales acerca del tema.

Gracias a este método de análisis de datos se obtendrán informaciones conceptuales, las cuales serán orientadas hacia el fin que persigue la

investigación, llegando así a crear un fundamento que aporte y enriquezca el informe de tesis al momento de plasmarla.

Para esto, se tratará como principal tema a la Teoría del derecho de la responsabilidad civil, dado que el fin principal del proyecto es determinar si es procedente la indemnización por daños y perjuicios a favor de la mujer gestante que fue despedida por discriminación durante el periodo de prueba, dado que en la actualidad la legislación nacional y la doctrina no se ha pronunciado respecto a esto, únicamente lo han hecho en cuanto a la reposición a los puestos de trabajo en el que se encontraban antes de sufrir el daño a causa del despido.

b) Entrevista a Especialistas:

A través de este método me concederé entrevistar a conocedores del tema, siendo estos diferentes especialistas en materia laboral y civil, con el objetivo de recopilar datos importantes que enriquezcan la investigación y así, alcanzar una opinión, ya sea a favor o en contra, alcanzando de esta manera enriquecer los conocimientos respecto al tema materia de estudio. Con todo esto se pretende descubrir cimientos sólidos con algo de viabilidad respecto al tema propuesto y siendo el supuesto de que no se obtengan datos que aporten la posición que adopto, la hipótesis creada no obtendría sustento alguno, lo que en el presente caso creo no ocurre.

2.6 ASPECTOS ÉTICOS

El presente trabajo es obra de su autor y no de copias ni plagios, además, dejo claramente establecido que las citas realizadas en la presente investigación son conformes a su autor, las cuales están debidamente detallada en cada bibliografía consultada, con el fin de respetar la propiedad intelectual de los autores consultados.

III. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

1. La condición de gestante de la trabajadora, va a generar una situación en la que se debería resguardar o salvaguardar con un mayor énfasis los derechos que esta posee.
2. Los requisitos comunes y más importantes para el desarrollo de la presente tesis en cuanto a la responsabilidad civil son la antijuricidad y el daño causado.
3. Para que el contrato de trabajo adquiera relevancia jurídica resulta meramente importante que este cumpla cumplir con los siguientes elementos esenciales: (i) prestación personal; (ii) remuneración del servicio; y, (iii) subordinación.
4. El principio de continuidad el que le otorga al trabajador la estabilidad laboral añorada, en otras palabras, es la única manera en que se podría adquirir una relación laboral de carácter indeterminado en el tiempo
5. En cuanto al periodo de prueba podemos precisar que la ley ha mencionado por regla que es de 03 meses, para el caso de trabajadores que tengan la categoría de confianza puede ser ampliado por el empleador hasta por un periodo de 6 meses.
6. Nuestro ordenamiento jurídico, presenta un gran vacío en cuanto a este supuesto, aun cuando las normas supranacionales buscan proteger a estas trabajadoras, asimismo, nuestra realidad nacional precisa de manera urgente una pronta regulación para esta situación con fundamentos firmes y contundentes que garanticen una adecuada protección para las trabajadoras embarazadas despedidas durante el periodo de prueba.

IV. CONCLUSIONES

1. Establecer un límite para la facultad extintiva del empleador durante el periodo de prueba, si bien es cierto genera una desnaturalización de esta institución jurídica, no podemos dejar de mencionar que este no puede transgredir los derechos fundamentales de las personas, y en el caso en concreto de las trabajadoras gestantes, que si bien se encuentran durante el periodo de prueba, sus derechos supranacionales reconocidos en tal sentido por normas de carácter internacional como nacional, le brinda de algún modo una seguridad que ciertamente no se ha cumplido pues en el Perú se conserva aún la idea de que No se puede desnaturalizar la Institución Jurídica del Periodo de Prueba, incluso cuando estos transgredan los derechos fundamentales, y lo digo así porque no se ha establecido un precedente ni mucho menos se han emitidos pronunciamientos al respecto.
2. Las trabajadoras gestantes gozan de una protección sobre todo internacional en cuanto a sus derechos laborales, ya que además de sus derechos civiles como ciudadanas, se regula su condición de generadora de vida. En este sentido, al ejercer de manera arbitraria o abusiva la facultad extintiva por parte del empleador durante el periodo de prueba, uso que puede ser entendido como un acto discriminatorio que va a vulnerar derechos fundamentales de la trabajadora.
3. Nuestro ordenamiento jurídico se ha mantenido en silencio respecto a esta situación de desventaja en la que se encuentran las trabajadoras gestantes, mucho más aún cuando el supuesto resarcimiento del daño que se le generaría podría ser una indemnización, siempre y cuando exista fundamentos suficientes para que esto sea posible.

V. RECOMENDACIONES

1. En primer lugar, al Congreso de la Republica se le recomienda a legislar en este vacío legal que existe frente al ejercicio abusivo del derecho de despido, que transgrede o viola derechos fundamentales de las trabajadoras gestantes discriminadas durante el periodo de prueba, derechos que se encuentran regulados en normas supranacionales.
2. Se recomienda a todos los órganos que administran justicia a mantener criterios uniformes con respecto a la responsabilidad civil o la reparación de daños que pueda ocurrir durante el periodo de prueba a favor de la trabajadora gestante despedida por actos discriminatorio en el ejercicio abusivo del derecho de despido.

VI. REFERENCIAS

- Alonso García, M. (1960). *Derecho del Trabajo*. Barcelona: Bosch
- Alpa, G. (2006). *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil*. Lima-Perú: Jurista Editores.
- Atahúaman, C., (2013), *El despido y su procedimiento en la legislación laboral peruana*, Actualidad Empresarial, recuperado de: http://www.aempresarial.com/web/revitem/4_15009_70687.pdf
- Blancas Bustamante, C., (2006), *El despido en el derecho laboral peruano*, ara editores: Lima-Perú.
- Bustamante Alsina, J. (1997). Docslide. Recuperado de: <https://es.scribd.com/doc/99807920/Teoria-General-de-la-Responsabilidad-Civil-Bustamante-Alsina>
- Cabanellas, G. (1988). *Tratado de Derecho Laboral*. Argentina: Heliasta SRL.
- Caceres Paredes, J. (2009). *La Ampliación del Periodo de prueba*. Actualidad Empresarial N° 174.
- Carrillo Calle, M. (2001). *La Estabilidad de Entrada y Salida como expresiones del Principio de Continuidad. Una aproximación desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. Revista Latinoamérica de Derecho Social, recuperado de, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=429640267007>
- Carro Zuñiga, C., (1981), *El derecho laboral en Iberoamérica*, México, recuperado de: <file:///C:/Users/LAURA/Downloads/Dialnet-LaFaltaGraveLaboral-5084955.pdf>
- Constitución Política Del Perú, (1993), recuperado de: <http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, (1979), recuperado de: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/03/CONVENCION-SOBRE-LA-ELIMINACION-DE-TODAS-LAS-FORMAS-DE-DISCRIMINACION-CONTRA-LA-MUJER.pdf>

- Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, (1979), recuperado de: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>
- Convenio N° 03- Sobre la protección de la maternidad, (1919), recuperado de http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C003
- Convenio N° 103- Sobre la protección de la maternidad, (1952), recuperado de: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C103
- Convenio N° 111- Sobre la Discriminación (empleo y ocupación), (1958), recuperado de: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-santiago/documents/publication/wcms_184031.pdf
- Convenio N° 183- Sobre la protección de la maternidad, (2000), recuperado de: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C183
- Cruzado, A.R. (2015). *La afectación de los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada al extinguir el empleador la relación laboral durante el periodo de prueba* (tesis pregrado). Universidad Privada del Norte. Trujillo.
- Cueva, L. (2016). *La estabilidad laboral reforzada de la madre trabajadora* (tesis pregrado). Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.
- De Angel Yagués, R. (1993). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Madrid-España: Editorial Civitas S.A.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, (1948), recuperado de: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Decreto Supremo N° 003-97-TR, 1997, recuperado: http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/normasLegales/DS_003_1997_TR.pdf
- Enciclopedia Jurídica Universal Ilustrada, Europeo-Americana. (1925), Volumen 28, Primera Parte. Editorial Espasa-Calpe S.A., Madrid, Barcelona.

- Espinoza Espinoza, J. (2011). *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Lima-Perú: Editorial Rodhas.
- Espinoza, J. (2006). *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Perú. Rodhas.
- Estrella Cama, Y. (2012). *El Nexo causal en los procesos por responsabilidad civil extracontractual*. Lima-Perú: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- García, A., (1981), *Curso de derecho del trabajo*, 7° edición, Ariel, Madrid.
- Giraldo, J. A. (2002). *El fuero laboral Constitucional* (tesis pregrado). Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. Recuperado de: <http://javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-22.pdf>
- Gómez, F. (2007). *Derecho del Trabajo - Las Relaciones Individuales de Trabajo*. Lima: San Marcos.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2016). *Hombres Y Mujeres económicamente activas*. Perú. Recuperado de <https://www.inei.gov.pe/estadisticas/indice-tematico/brechas-de-genero-7913/>
- Ley de Productividad y Competitividad Laboral, 1997, recuperado de: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_dec728.pdf
- Marcenaro, R. (1995). *El trabajo en la nueva Constitución*. Lima: Cultural Cuzco Editores
- Meléndez Trigoso, W. (s.f.). *El derecho a la seguridad social y a la libertad de acceso a la salud y pensiones*. Recuperado de: <https://es.scribd.com/document/232470882/El-Derecho-a-La-Seguridad-Social-y-a-La-Libertad-de-Acceso-a-La-Salud-y-Pensiones>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2011). *El despido sin causa de la trabajadora embarazada durante el periodo de prueba*. Argentina. Recuperado de <http://www.saij.gov.ar/andrea-fabiana-mac-donald-despido-sin-causa-trabajadora-embarazada-durante-periodo-prueba-dacf110081-2011-06-02/123456789-0abc-defg1800-11fcanirtcod>
- Montoya Melgar, A. (1990), *Derecho del trabajo*. 11 ed. Tecnos, Madrid.

- Obregón, T. (2013), *Extinción del Contrato de trabajo. (Parte I)*, Actualidad Empresarial, recuperado de: http://aempresarial.com/web/revitem/4_15640_43860.pdf
- Organización de las Naciones Unidas. (1948), Recuperado de: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Organización de los Estados Americanos. (1969). Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Organización Internacional de Trabajo. (1982), recuperado de: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C158
- Palomeque López, M.& Álvarez De La Rosa, M., (2001), *Derecho del Trabajo*. 9na ed. Centro de Estudios Ramón Aceres, S.A. Madrid.
- Plá Rodríguez, A. *Los principios del Derecho del Trabajo*, ediciones De la Palma, Buenos Aires 1990, segunda edición.
- Real Academia de la Lengua Española, (2017), recuperado de: <http://dle.rae.es/?id=DgIqVCc>
- Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana. Exp T-723/16. (2017). Recuperado de: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-723-16.htm#_ftnref20
- Sentencia del Tribunal Constitucional, (2002), *Expediente No. 1042-2002-AA/TC*, recuperado de: <http://bitacorademefistofeles.blogspot.com/2017/02/exp-n-1042-2002-aatc.html>
- Sentencia del Tribunal Constitucional, *Expediente N° 1944-2002-AA/TC*, 28 de enero del 2003
- Taboada Córdova, L. (2003). *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Lima-Perú: Editora Jurídica Grijley.
- Tamayo Lombana, A. (2009). *La responsabilidad Civil Extracontractual y la Contractual*. Bogota-Colombia: Tercera Edición, Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Toyama Miyagusuko, J.,(2005), *Instituciones del Derecho Laboral*, Gaceta Jurídica, Lima.

Toyama Miyagusuku, J. (2011). *Derecho Individual de Trabajo*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Toyama, J. (2009), *El despido disciplinario en el Perú*. Ius Et Veritas, recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12196/12761>

Valderrama Valderrama, L., & Tovalino Castro, F. (2014). *Despido Arbitrario. Nuevos criterios jurisprudenciales sobre su calificación*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

VII. ANEXOS

“LA INDEMNIZACION POR DISCRIMINACION DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA DE LA MUJER GESTANTE”.

Entrevistado(a) :

Cargo :

Fecha :

CUESTIONARIO:

1. ¿Cuál es su opinión acerca de la facultad del empleador consistente en extinguir la relación laboral de manera unilateral sin expresión ni acreditación de la causa durante la etapa del período de prueba?

RPT: _____

2. ¿Considera que esta facultad que posee el empleador es de uso irrestricto, frente al estado de gestación de una trabajadora, ante la decisión de poner fin de manera unilateral al vínculo laboral durante el periodo de prueba?

RPT: _____

3. ¿En mérito a la pregunta anterior, la decisión que se tome puede vulnerar los derechos fundamentales de la trabajadora?

RPT: _____

4. ¿Cree Usted, que existe algún fundamento que permita legislar el supuesto de una indemnización a favor de la trabajadora embarazada, despedida durante la etapa del período de prueba?

RPT: _____

