

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS**

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO LABORAL Y PROCESAL LABORAL

TESIS:

**PREVALENCIA DEL DERECHO AL TRABAJO DE LA TRABAJADORA
GESTANTE FRENTE A LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL PERIODO DE
PRUEBA**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

Presentada por:

Bachiller: RAQUEL MERCEDES VILLANUEVA GAITÁN

Asesor:

Dr. NIXON JAVIER CASTILLO MONTOYA

Cajamarca - Perú

2019

COPYRIGHT © 2019 by
RAQUEL MERCEDES VILLANUEVA GAITÁN
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS**

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO LABORAL Y PROCESAL LABORAL

TESIS APROBADA:

**PREVALENCIA DEL DERECHO AL TRABAJO DE LA TRABAJADORA
GESTANTE FRENTE A LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL PERIODO DE
PRUEBA**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

Presentada por:

Bachiller: RAQUEL MERCEDES VILLANUEVA GAITÁN

JURADO EVALUADOR

Dr. Nixon Javier Castillo Montoya
Asesor

Dr. Glenn Joe Serrano Medina
Jurado Evaluador

M.Cs. Sandra Verónica Manrique Urteaga
Jurado Evaluador

M.Cs. José Luis López Núñez
Jurado Evaluador

Cajamarca - Perú

2019



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD
Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU




PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

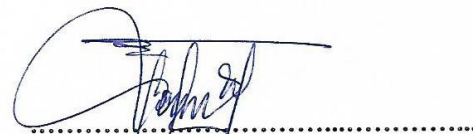
ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

Siendo las **18:00** horas, del día 22 de marzo de dos mil diecinueve, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. GLENN JOE SERRANO MEDINA, M. Cs. SANDRA VERÓNICA MANRIQUE URTEAGA, M. Cs. JOSÉ LUIS LÓPEZ NÚÑEZ**, y en calidad de Asesor el **Dr. NIXON JAVIER CASTILLO MONTOYA**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada **“PREVALENCIA DEL DERECHO AL TRABAJO DE LA TRABAJADORA GESTANTE FRENTE A LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL PERIODO DE PRUEBA”**, presentada por la **Bach. en Derecho y Ciencia Política RAQUEL MERCEDES VILLANUEVA GAITÁN**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó **Aprobar** con la calificación de **Diecisiete (17)** la mencionada Tesis; en tal virtud, la **Bach. en Derecho y Ciencia Política RAQUEL MERCEDES VILLANUEVA GAITÁN**, está apta para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO LABORAL Y PROCESAL LABORAL**.

Siendo las **19:10** horas del mismo día, se dio por concluido el acto.


.....
Dr. Nixon Javier Castillo Montoya
Asesor


.....
Dr. Glenn Joe Serrano Medina
Jurado Evaluador


.....
M. Cs. Sandra Verónica Manrique Urteaga
Jurado Evaluador


.....
M. Cs. José Luis López Núñez
Jurado Evaluador

A:

Dios, por bendecirme con la sabiduría y la fuerza necesaria para superar las adversidades y no desfallecer en el intento.

Mi amada hija, Sophia Alejandra, porque su presencia llenó mi existencia de vida, amor, esperanza, sueños y motivos para seguir adelante, pues algún día ella seguirá mis pasos y sus metas deben ser más grandes que las mías.

Mi esposo, por su amor, comprensión y apoyo incondicional para el desarrollo de esta investigación; por ser el compañero que me ayuda a crecer día con día y su inmensurable fe en mí.

Mi Padre, por ser mi principal inspiración para encauzarme en el amor y la pasión por el Derecho, con su inquebrantable vida de rectitud, humildad, justicia, lealtad y compromiso.

Mi Madre, por ser la cómplice amiga que me apoyó en el logro de mis sueños, por cada palabra de aliento que me brindó para aventurarme en los retos que la vida me presentaba y por ser mi ejemplo de bondad, nobleza y comprensión.

AGRADECIMIENTO

- A Dios, por haberme bendecido e iluminado a lo largo de mi vida académica, ayudándome a elegir los caminos correctos que contribuyeron en mi formación.
- A mi alma mater, a mis docentes y de modo especial a mi asesor, el Dr. Nixon Javier Castillo Montoya por sus sabios consejos en la elaboración de esta tesis.
- A Enrique Chávez Aliaga, mi esposo, por su sabiduría y conocimientos compartidos que coadyuvaron en la exitosa culminación de esta tesis.
- A todos aquellos que, sin haberlos mencionado, han coadyuvado con sus sugerencias e ideas para la culminación de esta tesis.

TABLA DE CONTENIDO

AGRADECIMIENTO	vi
LISTA DE ABREVIACIONES	ix
RESUMEN	x
ABSTRACT	xii
INTRODUCCIÓN	xiv
CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS	1
1.1. Planteamiento del problema	1
1.2. Formulación del problema	2
1.3. Justificación	2
1.4. Objetivos	3
1.5. Tipo de investigación	4
1.6. Hipótesis	5
1.7. Métodos de estudio	5
1.8. Técnicas e instrumentos de investigación	6
1.9. Estado de la cuestión	7
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	11
TÍTULO I: DERECHO AL TRABAJO	11
1.1. Teoría de los derechos fundamentales.	11
1.2. Derecho al trabajo como derecho fundamental	13
1.3. Derecho al trabajo como base del bienestar social y medio de realización de la persona.	25
1.4. La discriminación laboral	28
1.5. Protección reforzada a la estabilidad laboral de la trabajadora Gestante.	35

1.6. La Concretización del principio – derecho a la igualdad de oportunidades sin Discriminación en la relación laboral de las trabajadoras gestantes.	44
TÍTULO II: PERIODO DE PRUEBA.....	51
2.1. Nociones generales del periodo de prueba.....	51
2.2. Regulación vigente sobre el periodo de prueba.....	56
2.3. Finalidad del periodo de prueba.....	58
2.4. Límites al periodo de prueba.....	61
TÍTULO III: DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA	68
TÍTULO IV: TEST DE PONDERACIÓN	72
CAPÍTULO III: CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	83
CAPÍTULO IV: PROPUESTA NORMATIVA.....	104
CONCLUSIONES	111
RECOMENDACIONES	113
LISTA DE REFERENCIAS	114

LISTA DE ABREVIACIONES

ART.	: Artículo.
C °	: Constitución Política del Perú
D °	: Derecho
DD.FF.	: Derechos Fundamentales
DD.HH.	: Derechos Humanos
Infra	: Inferior
OIT	: Organización Internacional del Trabajo
S.A.	: Sin año.
S.F.	: Sin fecha.
Supra	: Superior

RESUMEN

El periodo de prueba en el Perú, debe entenderse como una figura propia del derecho laboral, de la cual, tanto el empleador como el trabajador, hacen uso para evaluar si el vincularse mediante una relación laborales conveniente para ambas partes. Empero, muy a menudo, de esta evaluación quien resulta ser el más beneficiado es el empleador, pues siendo él, la fuente económica de dicha relación y en consecuencia, quien posee el poder de dirección, podemos afirmar, que se encuentra bajo su control el destino laboral de su trabajador.

Esta situación se encrudece cuando en un uso indiscriminado de su libertad de ejercicio de empresa, el empleador, a través de las facultades que le otorga la legislación laboral peruana, mediante el periodo de prueba, prescinde de los servicios de una trabajadora protegida constitucionalmente por integrar un grupo social vulnerable, tal como sucede con las trabajadoras gestantes. De esta manera, en la presente tesis, se pretende contestar la siguiente interrogante: ¿Cuáles son los criterios jurídicos que permiten la prevalencia del derecho al trabajo frente a la libertad de ejercicio de empresa en el periodo de prueba de la trabajadora gestante?

Como posibles respuestas a la referida pregunta, tenemos: primero, la protección reforzada que le otorga la Constitución Política del Perú a las trabajadoras gestantes, seguida de la funcionalidad del Periodo de Prueba en la relación laboral, así también, la concretización del Principio – Derecho a la igualdad de oportunidades sin discriminación en la relación laboral de las trabajadoras gestantes y finalmente la garantía del derecho al trabajo como base del bienestar social y medio de realización de la persona.

Para ello, la presente tesis abordó temas tales como: el derecho al trabajo que inicia con una previa definición de la teoría de los derechos fundamentales, para continuar con el análisis del referido derecho como derecho fundamental y como base del bienestar social y medio de realización de la persona, para así posteriormente ocuparnos de la discriminación laboral y finalizar ese título con la protección reforzada de la que gozan las trabajadoras gestantes respecto de su derecho a la estabilidad laboral. Por otro lado, desarrollamos también, las nociones generales y la regulación vigente del periodo de prueba así como su finalidad y límites.

Finalmente, en títulos distintos estudiamos el derecho a la libertad de empresa y el test de ponderación, donde éste último, es aplicado en el capítulo de contrastación en el que demostramos que el derecho al trabajo – en circunstancias específicas tales como las de las trabajadoras gestantes durante el periodo de prueba – puede prevalecer sobre el derecho a la libertad de empresa amparándose en los argumentos planteados como hipótesis comprobándose la certeza de los mismos.

Palabras claves: Periodo de prueba, Derecho al Trabajo, Libertad de Empresa, Trabajadora gestante, Protección reforzada y Principio – Derecho a la igualdad de oportunidades.

ABSTRACT

The probationary period in Peru should be understood as a figure of labor law, which, both the employer and the employee, make use to assess whether the link through a working relationship convenient for both parties. However, very often, from this evaluation who is the most benefited is the employer, since he, the economic source of this relationship and consequently, who has the power of direction, we can affirm that he is under his control the Work destination of your worker.

This situation is encrudece when in an indiscriminate use of their freedom to exercise business, the employer, through the powers granted by Peruvian labor law, through the trial period, dispenses with the services of a worker constitutionally protected by integrating a vulnerable social group, as happens with pregnant workers. Thus, in this thesis, we try to answer the following question: What are the legal criteria that allow the prevalence of the right to work versus the freedom to exercise business in the trial period of the pregnant worker?

As possible answers to the aforementioned question, we have: first, the reinforced protection granted by the Political Constitution of Peru to pregnant workers, followed by the functionality of the Trial Period in the employment relationship, as well as the concretization of the Principle - Right to equal opportunities without discrimination in the employment relationship of pregnant workers and finally the guarantee of the right to work as a basis for social well-being and means of personal fulfillment.

To this end, this thesis addressed issues such as: the right to work that begins with a prior definition of the theory of fundamental rights, to continue with the analysis of the aforementioned right as a fundamental right and as a basis of social welfare and means of realization of the person, in order to subsequently deal with the labor discrimination and finalize that title with the reinforced protection enjoyed by the pregnant workers regarding their right to job stability. On the other hand, we also develop the general notions and the current regulation of the trial period as well as its purpose and limits.

Finally, in different titles we study the right to freedom of enterprise and the weighting test, where the latter is applied in the verification chapter in which we demonstrate that the right to work - in specific circumstances such as those of pregnant workers during the trial period - may prevail over the right to freedom of enterprise based on the arguments raised as hypothesis proving the accuracy of the same.

Keywords: Trial period, Right to Work, Freedom of Business, Pregnant Worker, Reinforced Protection and Principle - Right to equal opportunities.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación pretende proporcionar líneas argumentativas que limiten el poder discrecional de actuación del empleador en el periodo de prueba y así coadyuvar en resaltar el objeto y funcionalidad de dicho periodo impidiendo su uso indiscriminado y con ello el menoscabo de los derechos fundamentales del trabajador.

Así, para el desarrollo de la presente tesis, fue imperativo realizar un análisis correlacional de dos institutos jurídicos: el poder de dirección del empleador, el cual posee asidero constitucional en la libertad de empresa y, por otro lado, el derecho al trabajo del empleado, todo ello desde una óptica desarrollada en el periodo de prueba.

En tal sentido, para el objeto materia de análisis, nos tuvimos que referir únicamente a la relación laboral de carácter indeterminada surgida en el sector privado; para lo cual es necesario que todo trabajador supere el periodo de prueba en una prestación efectiva, subordinada y remunerada de servicios, donde sus derechos fundamentales se encuentran vigentes desde el inicio de la misma.

Sin embargo, esta situación se encrucece cuando el prestador de servicios al que nos referimos se trata de una trabajadora gestante la cual puede ser despedida durante la vigencia del periodo de prueba, pese a que es considerada por la misma Constitución Política del Perú, como miembro de un grupo vulnerable que goza de protección reforzada, a la que sus derechos fundamentales deberán serle garantizados en un grado superior.

De este modo, se pretendió identificar los fundamentos jurídicos que permitan la prevalencia del derecho al trabajo de la trabajadora gestante en el periodo de prueba, sin que ello implique, un menoscabo al derecho de un tercero – el empleador – como el de la libertad de empresa, puesto que, uno de los objetivos de esta investigación fue compensar, mas no, imponer una condición especial – estado de gravidez – como excusa, para incurrir en otra desigualdad, ya que no se busca otorgar una indemnidad a favor de la trabajadora sino limitar el uso excesivo y desnaturalizado del periodo de prueba.

Para esto, fue necesario aplicar el test de ponderación planteado por Robert Alexy, entre el derecho al trabajo y el derecho a la libertad de empresa, obteniendo como resultado que, efectivamente es posible prevalecer el derecho al trabajo frente a la libertad de empresa, en circunstancias específicas, tales como la que inspiró la presente investigación.

Es necesario precisar, que para la aplicación del referido test, fue necesario estudiar previamente, temas tales como: el derecho al trabajo como derecho fundamental y como base del bienestar social y medio de realización de la persona; así como también, la discriminación laboral lo que nos permitió adentrarnos en el desarrollo de la protección reforzada que gozan las trabajadoras gestantes respecto de su estabilidad laboral y así poder establecer el modo en el que se concretiza el principio – derecho a la igualdad de oportunidades sin discriminación de este sector poblacional durante la relación laboral.

Por otro lado, al ser el periodo de prueba uno de los temas centrales de esta investigación, hemos estudiado en el titulo II, sus nociones generales, regulación

vigente, finalidad y límites. Para continuar con el título III y IV, en el que nos ocupamos del derecho a la libertad de empresa y test de ponderación, respectivamente.

Finalmente, esta investigación plantea – después de aplicarse el referido test de ponderación – una propuesta normativa, que pretende modificar los artículos 10 y 22 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, los cuales le otorgan al empleador una amplia facultad para direccionar su empresa, los cuales se verían limitados a partir de la modificatoria planteada.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, como normas – principios, son mandatos de optimización que el Estado debe garantizar en su máxima plenitud, sin embargo, en nuestro país, en el ámbito laboral, el empleador tiene la facultad de prescindir de los servicios de un trabajador sin emitir causa alguna dentro del periodo de prueba, dejando abierta la posibilidad de que, en un uso indiscriminado, el empleador vulnere principios - derechos, tales como el trabajo.

Los primeros cuestionamientos al periodo de prueba en función a los abusos realizados por los empleadores, han ido dando sus primeras luces en las Cortes peruanas, tal como sucedió en la Sentencia Casatoria N 7095 – 2014 – Lima emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la que se reconoce a favor de la trabajadora demandante el derecho a percibir una indemnización por daños y perjuicios por haberse resuelto su relación laboral en el periodo de prueba, esto en razón del daño sufrido por la recurrente al haber renunciado a un trabajo estable por un compromiso contractual que finiquitó sin causa alguna por el empleador demandado.

Siendo así, este panorama jurídico real que se funda en el uso indebido del periodo de prueba empeora cuando la trabajadora afectada, resulta ser una trabajadora gestante, la cual es despedida exclusivamente por su condición de

gravidez; así, pese a que la protección laboral de la trabajadora gestante constituye *per se* una materia que acarrea un trato especial por la normativa laboral peruana, el actuar del empleador encuentra respaldo en el derecho a la libertad de empresa y las facultades otorgadas por el periodo de prueba que lo abalan, siendo ésta la problemática que motivó la presente tesis.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son los criterios jurídicos que determinan la prevalencia del derecho al trabajo de la trabajadora gestante frente a la libertad de organización de empresa en el periodo de prueba?

1.3. JUSTIFICACIÓN

La importancia de la realización de la presente investigación radica en brindar protección al desarrollo pleno del principio – derecho al trabajo a las trabajadoras gestantes, tanto en su acceso como en su permanencia. Así, el Estado mediante su normativa debe promover su respeto más no su menoscabo, y en consecuencia deberá proscribir cualquier precepto que obstaculice su fomento.

Sin embargo, el periodo de prueba regulado en el artículo 10 del Decreto Legislativo N 728, se presenta como un mecanismo por el cual el empleador puede prescindir de su trabajador sin emitir causa alguna, lo cual se constituye como un riesgo latente que en la realidad, se manifiesta mediante su uso indiscriminado , permitiendo la degradación de la dignidad y el respeto por el salariado, situación que se torna aún más delicada, cuando los afectados forman parte del grupo de personas, receptores de una protección reforzada, tales como las trabajadoras gestantes.

Así, el fin de esta investigación, fue establecer los fundamentos jurídicos que justifiquen el límite de la libertad otorgada a los empleadores, los cuales actúan en base al asidero legal brindado por el propio Estado; de este modo, al proponer parámetros que el empleador habría de cumplir para poder prescindir del servicio de un trabajador en el periodo de prueba, se garantizaría un desarrollo pleno del principio – derecho al trabajo; siendo necesario que estos límites sean aplicados con mayor énfasis cuando se trate de trabajadoras gestantes, en consideración a la protección reforzada de la que gozan por mandato constitucional y de esta manera, determinar la prevalencia del derecho al trabajo frente a la libertad de empresa de las trabajadoras gestantes en el periodo de prueba.

1.4. OBJETIVOS

1.4.1. OBJETIVO GENERAL

- a. Identificar los criterios jurídicos que determinan la prevalencia del derecho al trabajo de la trabajadora gestante frente a la libertad de organización de empresa en el periodo de prueba

1.4.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS

- a. Determinar la razón subyacente de la disposición normativa que regula el periodo de prueba y su funcionalidad.
- b. Analizar el acceso al trabajo sin discriminación, como base del bienestar social y medio de realización de la persona.
- c. Explicar la prevalencia del derecho al trabajo de la trabajadora gestante frente a la libertad de empresa en el periodo de prueba a partir de la aplicación del test de ponderación.

- d. Construir una propuesta normativa que brinde protección jurídica reforzada del derecho al trabajo de las trabajadoras gestantes en el periodo de prueba.

1.5. TIPO DE INVESTIGACIÓN

1.5.1. DE ACUERDO CON EL FIN QUE PERSIGUE

- a. Básica: en atención a que el fin principal es aumentar el conocimiento jurídico y dogmático respecto del tema en cuestión y así despertar el interés de los legisladores capaces de poder aplicar el proyecto de ley que se plasmó en la presente tesis.

1.5.2. DE ACUERDO CON EL DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

- a. Descriptiva: pues se ocupó de detallar minuciosamente el fenómeno jurídico en el que se desarrolla la vulneración del derecho al trabajo, tanto en sus concepciones internas como externas.
- b. Causal – Explicativa: en razón de que la presente tesis se dedicó a realizar un desarrollo explicativo del fenómeno jurídico que motivó la presente investigación, así como también los efectos que ocasionaba en la sociedad.
- c. Propositiva: puesto que el fin principal de esta investigación fue arribar a una propuesta normativa que solucione el problema que la motivó.

1.5.3. DE ACUERDO A LOS MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS QUE SE UTILIZAN

- a. Cualitativa: En la presente tesis, tanto el problema como la solución se sustentan en la argumentación jurídica.

1.6. HIPÓTESIS

Los criterios jurídicos que determinan la prevalencia del derecho al trabajo de la trabajadora gestante frente a la libertad de organización de la empresa en el periodo de prueba son:

- a. La protección reforzada que le otorga la Constitución Política del Perú a las trabajadoras gestantes.
- b. La funcionalidad del periodo de prueba en la relación laboral
- c. La concretización del principio – derecho a la igualdad de oportunidades sin discriminación en la relación laboral de las trabajadoras gestantes.
- d. La garantía del derecho al trabajo como base del bienestar social y medio de realización de la persona.

1.7. MÉTODOS DE ESTUDIO

1.7.1. GENERALES

- a. Método inductivo: Este método ha sido utilizado, debido a que la conclusión de la presente tesis se refiere a una afirmación genérica la misma que ha sido obtenida a partir de una situación particular. Es decir, se evaluó la situación particular en la que se encuentra la trabajadora gestante durante el periodo de prueba y tras la aplicación de un test de proporcionalidad, se arribó a una conclusión de alcance general. Recuérdese que la ponderación, propiamente, genera una regla general y abstracta a partir de la evaluación de un caso específico.
- b. Método analítico: Este método ha sido utilizado puesto que resultó necesario realizar un estudio individual acerca de dos institutos jurídicos: el poder de dirección del empleador, el cual posee asidero constitucional

en la libertad de empresa y por otro lado, el derecho al trabajo del empleado, todo ello, analizado desde una óptica desarrollada a partir del estudio del periodo de prueba.

1.7.2. ESPECÍFICOS

- a. La dogmática jurídica: Puesto que la presente tesis, busca que la interpretación y aplicación del texto normativo que integra el Decreto Legislativo N 728 no sea aislada, sino que, tenga en consideración el respeto y vigencia de otros derechos fundamentales, tales como los consagrados en la Carta Magna.
- b. La hermenéutica jurídica: Este método ha sido utilizado en la presente tesis, al realizar un estudio acerca de normas – principios que no solo contienen asidero constitucional, tales como: el derecho al trabajo y el derecho a la libertad de empresa; sino que a su vez han sido estudiados también por los doctrinarios. En este mismo sentido, se estudió la normatividad que regula el periodo de prueba y sus alcances, propuestos por la doctrina.

1.8. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

1.8.1. TÉCNICAS

- a. Observación: Mediante esta técnica pudimos recoger la información acerca del derecho al trabajo, el derecho a la libertad de empresa, el periodo de prueba, la protección reforzada de la trabajadora gestante y demás temas de suma relevancia para esta investigación.
- b. Técnica de Recolección y Archivo de Datos: Esta técnica fue usada en la presente investigación, en atención a que fue necesario hacer uso de

diversas herramientas de recopilación de información tales como: la observación y fichaje, los cuales resultaron imprescindibles para esta tesis.

1.8.2. INSTRUMENTOS

- a. Fichaje: Pues mediante este instrumento, pudimos registrar los datos que obteníamos a medida que la investigación progresaba y que nos permitió mantener ordenada toda la información recopilada acerca del derecho al trabajo, el derecho a la libertad de empresa, el periodo de prueba, la protección reforzada de la trabajadora gestante y demás variables de esta investigación.

1.9. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Para la presente investigación se logró recopilar tres antecedentes de tesis de suma importancia, para el desarrollo de la misma. De este modo, la primera de ellas fue la realizada por Wendy Judicksa Chacalla Romero, autora de la tesis: “El Fuego Sindical y la Protección de la Estabilidad Laboral del Trabajador dentro del Período de Prueba” realizada en la ciudad de Trujillo en el año 2015, la cual tuvo como problema a tratar la efectiva protección que se brinda a la estabilidad laboral de los trabajadores, que se afilian a una organización sindical, dentro del periodo de prueba, contemplado en el Artículo 12º. de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo en el Perú, teniendo como objetivo principal el determinar cuáles son las razones por la que no es efectiva esta protección que se brinda.

Es así, como al final de dicha investigación, se logró concluir que en la actualidad no se brinda una verdadera protección a la estabilidad laboral del trabajador, puesto que: en el periodo de prueba no existe la estabilidad laboral, no se respeta el fuero sindical, tampoco se aplica el principio de la primacía de la realidad; dando lugar a que los trabajadores tenga temor a afiliarse a un sindicato cuando están en el periodo de prueba.

Esta tesis evidenció un aspecto de suma relevancia para el desarrollo de la presente tesis; pues resaltó, la susceptibilidad que constituye *per se* el periodo de prueba en relación con la vulnerabilidad de los derechos laborales que se pueden producir a lo largo de este periodo.

Como segundo antecedente, tuvimos la tesis doctoral: “La Colisión de Derechos Fundamentales en el Contrato de Trabajo y el Principio de Proporcionalidad” realizada en Salamanca - España, en el año 2011, desarrollada por José Luis Ugarte Cataldo la cual tuvo a bien realizar un estudio acerca de la constitucionalización de los derechos fundamentales, incluyendo dentro de éstos, al derecho al trabajo; en el cual a lo largo del desarrollo de la investigación se abordaron aspectos de relevancia referentes al Test de Ponderación y el de proporcionalidad, los que son necesarios en el caso de la colisión de dos derechos fundamentales, como es el caso del derecho al trabajo y el de libertad de empresa; tema que también fue desarrollo en la tesis mencionada.

Dentro de este punto de estudio, el autor de la tesis doctoral arribó a una variedad de conclusiones de suma importancia para el presente trabajo de tesis; dentro de los cuales pudo concluir que, la Constitución Española

no permite que la aplicación de un derecho fundamental implique la violación de otro, puesto que para que esto suceda deben de existir razones que justifiquen de manera eficaz la vulneración de dicho derecho fundamental.

El análisis dogmático que se realiza en la investigación, en relación al test de ponderación y el test de proporcionalidad, resultó útil para el desarrollo de esta tesis pues estos temas fueron aplicados en el desarrollo de la investigación.

Finalmente, la tesis intitulada “El Fuero Laboral Constitucional” realizada en Bogotá - Colombia en el año 2002, por Jorge Antonio Giraldo Hoyos, tuvo como objeto de estudio todos los aspectos relacionados con el fuero constitucional colombiano, donde a lo largo de su investigación se ocupó de aspectos principales para la tesis que desarrollamos, pues la protección laboral especial que ameritan las mujeres embarazadas es uno de los asuntos de estudió como grupo discriminado pues se menciona que la Corte Constitucional Colombiana ha otorgado por vía de tutela una especial protección a la mujer trabajadora en estado de embarazo, creando lo que se conoce como Estabilidad Laboral Reforzada de la Mujer Embarazada, estableciendo elementos necesarios para que el despido con o sin causa justa sea válido.

Estudió también aspectos relacionados a los grupos discriminados usualmente en el ámbito laboral, ocupándose de sus consecuencias jurídicas que en su totalidad resultan siendo doblemente vulneradoras de sus derechos, dentro de los que se encuentran las trabajadoras gestantes,

quienes usualmente en su propia condición ya tiene un alto grado de vulnerabilidad, por ello es que en esta investigación, se desarrolló un estudio profundo de su adecuada protección laboral.

Una de las conclusiones se encontraba referida a que el fuero laboral constitucional es un privilegio o garantía concedida a favor de un trabajador por una condición especial que lo hace merecedor de un trato diferente, la cual se puede solicitar a través de la acción de tutela cuando se vulneran derechos fundamentales Constitucionales.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

TÍTULO I: DERECHO AL TRABAJO

1.1. TEORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Desde el momento en que pasan a considerarse parte del Derecho Positivo, los derechos fundamentales adquieren un doble carácter o una doble naturaleza, por un lado, aparecen en su versión garantista de posiciones subjetivas y por el otro en normas (reglas). Así, precisando que la presente tesis fundamenta su desarrollo en la postura de Robert Alexy, el cual muy por el contrario a lo que comúnmente se cree, no defiende un modelo de puro principios, es decir, no considera que los derechos fundamentales sean exclusivamente principios prescindiendo de otro tipos de normas, sino que considera que dentro del género común de las normas, deben distinguirse básicamente entre las reglas y los principios, los cuales son la clave fundamental para la solución de los problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. (Barranco, 2009, p.82)

Para Robert Alexy, e inclusive para Dworkin, entre reglas y principios, existen diferencias graduales que consisten en que, los principios se constituyen como normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, en este sentido, son mandatos de optimización que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados, sin embargo se aspira que su cumplimiento sea en su máxima expresión, donde éstas últimas se determinan a su vez, por los principios y reglas que juegan en sentido contrario. (Alexy, 1993, p. 241)

Por otro lado, las reglas son normas que importan el cumplimiento pleno de su mandato, es decir, que pueden ser cumplidas o incumplidas, pues los términos medios no se justifican en las normas, esto, ya que según arguye Dworkin, si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos; por lo tanto, las reglas, contienen determinaciones, fundadas en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. Esta diferencia, aparece con mayor claridad, cuando se resuelven conflictos surgidos entre reglas y las colisiones entre principios, de los que, Robert Alexy, en su libro Teoría de los Derechos Fundamentales, establece claros ejemplos de concretización, tales como: un supuesto de conflicto entre reglas, donde su contenido se contraponen entre sí, pero una de ellas se regula en la Ley Fundamental Federal mientras la otra en la Ley de un Estado Federal, donde la primera, por mandato constitucional ha de prevalecer siempre; entonces fácilmente se resuelve en aplicación de la norma que así lo ordena, manteniéndose vigente, lo ordenado por la Ley Fundamental Federal. (Alexy, 1993, p. 242)

Sin embargo, cuando la colisión surge entre principios, el Tribunal habrá de resolver de manera distinta, pues uno de ellos – el de menos peso – habrá de ceder ante el otro, sin que esto signifique, que el principio desplazado resulte inválido, pues en un contexto distinto, la solución de la colisión de los mismos principios podría ser a la inversa. Ahora bien, en el caso de los principios, lo que entra en cuestión es la dimensión del peso, por ejemplo, el caso de un sujeto que debe someterse a un juicio oral por la comisión de un delito, sin embargo, las implicancias de llevar a cabo este juicio, en el imputado ocasiona tal nivel de tensión que existe un potencial riesgo de sufrir un infarto; tal como se puede observar, el principio que reconoce el derecho fundamental a la vida entra en

conflicto con el principio del Estado de Derecho que impone al Estado el deber de garantizar el mayor grado posible de aplicación del Derecho Penal; siendo lógicamente necesario, la aplicación de una ponderación que conduce a una conclusión, donde los intereses del acusado es superior – en estas circunstancias – al del Estado; sin que esto implique que éstas últimas carezcan de tener vigencia o primacía en un contexto distinto. (Barranco, 2009, p.92)

En este sentido, todo derecho que se encuentre reconocido en la normativa interna de un Estado como derecho fundamental dentro de su Carta Magna, habrá de ser considerado por dicha nación, como una norma - principio, que deberá de ser garantizado en su máxima expresión posible por la condición de mandato de optimización que lo caracteriza. Así el derecho al trabajo – en lo que el presente título importa – es un derecho fundamental – tal como se sostiene en el siguiente subtítulo – el cual, el legislador y el Estado peruano, habrá de garantizarlo siempre en su mayor magnitud posible frente a cualquier circunstancia que entorpezca su vigencia, esto claro está, en el entendido en el que no se encuentre en conflicto con otro norma – principio, puesto que siendo así, habrá de recurrirse a una ponderación, donde dependiendo de los intereses en juego se tendrá que desplazar al de menor importancia sin que ello implique, retirarle su vigencia, pues esta ponderación se desarrolla de manera individual en cada contexto.

1.2. DERECHO AL TRABAJO COMO DERECHO FUNDAMENTAL.

Los Derechos Humanos de la persona y su respectiva promoción y respeto, han ido incrementándose con el pasar de los años y el avance de la sociedad, arribando a tal punto que, en la actualidad, la cautela de estos derechos se

constituye como uno de los objetivos principales de todo Estado Constitucional de Derecho.

Para referirnos a los Derechos Humanos, existen una multiplicidad de expresiones utilizables, tales como: derechos fundamentales de la persona humana, derechos innatos, derechos individuales, derechos del hombre, derechos del ciudadano, derechos públicos subjetivos, libertades fundamentales, garantías individuales, entre otras. De todas éstas, la que más concuerda con lo que representan a nivel nacional en un Estado de Derecho, pareciera ser, derechos fundamentales de la persona humana. (Pacheco. S.f.)

Cuando utilizamos dicha nomenclatura, hacemos referencia al catálogo de derechos que son reconocidos por la Constitución Política y que toda persona posee por el simple hecho de ser persona, en consecuencia, siendo así, todo Estado deberá garantizar su respeto, sin que interfiera ningún tipo de discriminación social, económica, jurídica, política, ideológica, cultural o sexual. (Pacheco. S.f.)

Por otro lado, al referirnos a los derechos fundamentales, es necesario precisar que dicha fundamentalidad, radica en la estrecha vinculación que posee con la dignidad humana y el desarrollo de la misma, pues si bien es claro que el ejercicio de los derechos está limitado por la dignidad, la seguridad, la libertad o la simple convivencia social, es decir los derechos de otras personas; existe un derecho indubitadamente absoluto para todo hombre, y es el: derecho a ser reconocido siempre como persona humana. (Pacheco. S.f.)

La Constitución Política del Perú, compartiendo esta posición, reconoce en su artículo 1 como fin supremo de la sociedad, la defensa de la persona humana y

el respeto de su dignidad, el que, en concordancia con su artículo 22, consagra al trabajo como un deber - derecho, base del bienestar social como medio de realización de la persona.

Este mismo cuerpo normativo, en su Cuarta Disposición Final y Transitoria, preceptúa que la interpretación del mencionado derecho deberá realizarse en conformidad con los estándares internacionales, esto es, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también llamado, Protocolo de San Salvador, la Declaración Universal de los Derechos Humanos o del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con lo cual, se reconoce constitucionalmente la categoría de derechos humanos a nivel internacional que poseen los derechos fundamentales.

El artículo 7 del mencionado Protocolo, precisa respecto al Derecho al trabajo, que toda persona goza de las condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual, todos los Estados – que evidentemente, se encuentren sometidos a su imperio por una ratificación previa – deberán garantizar en su ordenamiento interno, la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, considerando, las características de las industrias, profesiones y las causas justas de separación.

(Arce, 2015, p. 38)

Tal es así, que el máximo intérprete de la Constitución, esto es, el Tribunal Constitucional, en un análisis del contenido esencial del Derecho al Trabajo desde una visión internacional, ha precisado que contiene dos aspectos, primero, el acceder a un puesto de trabajo y segundo, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Respecto al primero, se refiere a que el derecho

al trabajo obliga al Estado, a adoptar una política orientada a que la población pueda acceder a un puesto de trabajo, considerando las posibilidades que progresivamente debe ir brindando el Estado. Por el otro lado, la segunda implicancia se refiere a la proscripción de que un empleado pueda ser despedido sin que medie causa justa. (Exp. N 00263 – 2012 – AA/TC – Lima , 2). Esto último es de suma relevancia, en atención a que, ante el supuesto de que un trabajador sea menoscabado en su estabilidad laboral – ya sea de entrada o de salida - mediante un despido incausado, se le afectarían pues, su derecho al trabajo, a la dignidad, al debido proceso y las garantías que éste contiene, ya que en palabras del Tribunal Constitucional:

“El trabajo, es el uso de la fuerza humana para la transformación de la naturaleza y la producción de algo útil. A través del trabajo, el hombre se realiza como tal, imprimiendo su huella en lo que hace y obteniendo una manera de sustentarse” (Cas N.º 0008 – 2015- Lima, p. 18)

En consecuencia, al despedir a un trabajador, sin que exista causa alguna derivada de su conducta o su labor, que le haya sido notificada de manera verbal o escrita, generará en el afectado, no solo un detrimento de su derecho al trabajo el cual a su vez lo dignifica, sino que además, se encontrará en una suerte de indefensión, pues esta modalidad de despido, al generarse ante el desconocimiento total de sus motivos , implica una manifiesta imposibilidad para articular la defensa jurisdiccional del trabajador menoscabado, al no conocer claramente los hechos que originaron tal violación; todos estos derechos reconocidos en nuestra Carta Magna (Huamán Ordóñez, 2014, 151)

Ahora bien, este análisis realizado desde una visión internacional encuentra su justificación, en el extremo de que ningún derecho fundamental puede apartarse

injustificadamente de las garantías brindadas por convenios internacionales ratificadas por un Estado, momento a partir del cual éste último se verá en la obligación de modificar su normativa interna en concordancia con los estándares internacionales. Resaltando que, para esta investigación, se asume la postura adoptada por Robert Alexy, quien sostiene que la única diferencia entre los derechos humanos y los fundamentales, es el cuerpo normativo en que el que se encuentran consagrados, mientras el primero se ubica en normas suprapositivizadas, las últimas se plasman en una Constitución. (Balanta, 2015, p. 68)

En este sentido, el derecho al trabajo es un derecho fundamental inherente al ser humano, consagrado en la Constitución Política del Perú, cuerpo normativo, que se encuentra conformado al amparo de lo ordenado por las normas internacionales ya citadas. Así, el derecho al trabajo es - y en consecuencia, el Estado habrá de tratarlo como tal - objeto de atención prioritaria el cual protege de manera especial a la madre, al menor de edad y al impedido que trabaja, esto se encuentra preceptuado en el artículo 23 de nuestra Carta Magna; postura reconocida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual establece como obligación del Estado, la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, abstenerse de denegar o limitar el acceso igualitario al trabajo digno a todas las personas, con especial hincapié a aquellos grupos vulnerables y desfavorecidos, en particular, presos o detenidos, miembros de minorías, trabajadores migratorios, mujeres y jóvenes. (Martinez Salgueiro, s.f., 11)

Así, debemos entender que, si bien el Estado tiene la obligación de atender de manera prioritaria el derecho al trabajo de las personas, esta obligación se verá reforzada o intensificada, cuando los sujetos receptores de este derecho sean

miembros de grupos marginados o vulnerables, dentro de los cuales, a nivel internacional y nacional, se reconoce a la mujer, y no precisamente por la condición de tal, sino por la susceptibilidad al daño que emana.

Entonces, en una correcta promoción del derecho a trabajo, los Estados deberían adoptar medidas que imposibiliten la interferencia arbitraria y desmesurada de terceros en el disfrute pleno de éste derecho; resaltando que esta protección debería de brindarse desde el primer momento en el que se inicia la relación laboral, pues la vigencia de los derechos fundamentales, no pueden suspenderse durante el periodo de prueba laboral, más por el contrario mantendrán su vigencia desde el inicio al fin. Lógicamente, todo esto, habrá de reforzarse cuando se encuentren inmiscuidos, trabajadores que pertenezcan a un sector vulnerable de la población, en lo que a la presente tesis importa, nos referimos a las trabajadoras gestantes, quienes, como ya se mencionó gozan de protección reforzada por mandato constitucional, y en consecuencia su tratamiento habrá de realizarse con un mayor grado de cuidado y proteccionismo.

Debe precisarse, además, que el derecho humano al trabajo, concebido como derecho subjetivo, no puede ser interpretado como el derecho a determinado trabajo, pues resulta incompatible con un régimen democrático de derecho, sino como el derecho a tener oportunidades de empleo y de mantenerse en él, mientras no exista causa legal que le ponga fin (Arango, 2015, p. 71)

Respecto a lo señalado líneas supra, en lo concerniente a la vigencia de los derechos fundamentales, debemos precisar que la concepción tradicional en la que se sostiene que los derechos fundamentales son única y exclusivamente

garantías con las que los particulares contamos para poder ejercer defensa frente a las arbitrariedades del Estado, ha ido desvaneciéndose en medida que el estudio del derecho ha evolucionado, tal es así, que si bien en la actualidad, los derechos fundamentales se siguen considerando como garantías del particular frente a las arbitrariedades del poder estatal, éstas también pueden utilizarse en aquellas arbitrariedades surgidas entre particulares, aunado a una exigencia dirigida al Estado, de promover políticas dirigidas al respeto y vigencia de los derechos fundamentales. (Munayco, 2012, p. 168)

Respecto a ello, el máximo intérprete de la Constitución, en el muy conocido Caso Telefónica, se ocupa de manifestar la eficacia horizontal que poseen los derechos fundamentales, señalando textualmente lo siguiente:

“La Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y la sociedad en general. De conformidad con el artículo 38 de la Constitución, todos los peruanos tienen el deber de respetar, cumplir, la Constitución” Esta norma establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta *erga omnes*, no solo ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquellas establecidas entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia *inter privatos*, o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado que pretenda conculcar o desconocerlos, como el caso del acto cuestionado en el presente proceso, resulta inexorablemente inconstitucional.” (Cas. N 1124 – 2001 – TC, Lima)

Ante ello pues, podemos manifestar indubitablemente, que los derechos fundamentales de la persona, si bien son de imperativo respeto y promoción por el Estado a través de sus entidades correspondientes; no es menos cierto que, esta obligación se irradia también a las relaciones instauradas entre particulares; relaciones en las que el respeto de los derechos fundamentales de las personas que integran estos vínculos, se encuentran vigentes, tal como sucede con las relaciones laborales.

1.2.1. VIGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA RELACIÓN LABORAL.

Tal como se ha indicado anteriormente, los derechos fundamentales poseen una eficacia horizontal, en razón a que estos derechos, no deben entenderse únicamente como una orden de respeto a los derechos subjetivos del ámbito individual de cada ser humano, sino que ello, debe entenderse como mandatos verdaderos de actuación y de protección especial, por parte de los poderes públicos, mientras, al mismo tiempo, se irradian a las relaciones entre particulares, actuando de esta manera, como verdaderos límites, a la autonomía privada. (García y Otros, 2013, p. 137)

Lógicamente, este especial deber de protección, surge en mérito a la objetividad que caracteriza a los derechos fundamentales y por la cual se otorga como labor especial al Estado, la obligación de intervención en aquellos casos en la que los derechos de las partes resulten menoscabadas, sin que importe, de quien proceda la lesión. (García y Otros, 2013, p. 137)

Ahora bien, es menester resaltar, que esta eficacia horizontal de los derechos fundamentales, deriva del concepto que engloba a la Constitución, esto es, que

se la conoce como la ley fundamental de la Sociedad, en nuestro sistema jurídico se encuentra consagrado en el artículo 1 de nuestra Carta Magna, lo cual, sitúa en el primer rango de prioridad, la defensa de la persona humana y su respeto, como el fin supremo de la sociedad y del Estado. Además de ello, el artículo 38 del mismo cuerpo normativo, consagra que: “Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución”, con dicho postulado establece la vinculatoriedad de la Constitución y el modo en que éste se irradia *erga omnes*, extralimitándose más allá, de la relación entre particulares con el Estado, hacia los particulares. De esta manera, la fuerza activa y pasiva de la Constitución, así como su fuerza reguladora de las relaciones jurídicas, se proyecta también a las establecidas entre particulares, razón por la cual, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcarlos o desconocerlos, deviene inexorablemente en inconstitucional.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional, respecto a la vigencia de los derechos fundamentales en la relación laboral, ha precisado que los derechos constitucionales se irradian por todos los sectores del ordenamiento jurídico, incluidos los referidos a material laboral, pues ellos forman parte esencial del orden jurídico constitucional. (Cas N 976 – 2001 – AA/TC – Lima. p. 5). Así, tal como se mencionó, la fuerza de la Constitución se proyecta a las relaciones privadas entre el empleador y el trabajador, ello en razón a que si bien se sostiene que las facultades empresariales de dirección y organización, forman parte de la propiedad privada del empleador, ello no implica que los derechos fundamentales deban ejercerse de forma ilimitada, más por el contrario, cada decisión adoptada por el empleador, deberá ejecutarse irrestrictamente

sometiéndose al respeto de los derechos constitucionales del trabajador, lógicamente, sin desconocer los del empleador. (García y Otros, 2013, p. 138)

Esto es importante precisar porque bien se conoce que en la relación laboral, se configura una situación de disparidad entre en el empleador y el trabajador, en donde el primero asume una posición particular de preeminencia frente al segundo, en el cual el derecho y específicamente el Derecho Constitucional se proyecta en sentido tuitivo hacia el más afectado, el cual habrá de ser beneficiado por una protección constitucional especial a comparación del empleador, ello en aras de brindar una mínima paridad a la desventajosa relación instaurada; empero esta protección, evidentemente no puede ser desmedida, irrazonada o antojadiza, sino por el contrario habrá de poseer asidero en los estándares mínimos de lo justo y lo racional.

Ahora bien, retornando a las facultades reconocidas al empleador, éstas- al igual que la tuitividad que caracteriza al derecho al trabajo para con el trabajador- no pueden vaciar de contenido los derechos del asalariado bajo ningún circunstancia, dicho de otro modo, sus decisiones fundadas en su poder de dirección, de fiscalización o de sanción, no pueden devenir en una forma de ejercicio del derecho irrazonado y abusivo, pues habrá de recordarse que los derechos fundamentales del trabajador en la relación laboral se mantienen vigentes; en consecuencia, la obligación del empleador de respetarlos y en sobremanera, cautelarlos – recordando la eficacia horizontal de los derechos fundamentales – se mantiene vigente.

Es por esto por lo que la Constitución Política del Perú, consagra en su artículo 23, segundo párrafo, que ninguna relación laboral puede limitar, desconocer o

disminuir la dignidad del trabajador, ya sea al inicio, durante o al concluir el vínculo laboral. En consecuencia, tal como el Tribunal Constitucional señala muy asertivamente la culminación de una relación laboral, en razón a una decisión unilateral adoptada por voluntad del empleador, debe planearse considerando como base, la eficacia *inter privatos* de los derechos constitucionales. (Cas N 2906 – 2002 - AA/TC – Lima, p. 6) pues la vigencia de éstos se mantiene activa, mucho más, si ésta decisión se sostiene en argumentos antojadizos e irrazonados por parte el empleador, o encaminados a brindar luces de una actitud discriminatoria, cuando de una trabajadora gestante se trate, tal como fue objeto de estudio en ésta tesis.

Si ello fuera así, fácilmente comprenderíamos que la modalidad del despido ante el que nos encontraríamos sería el despido nulo, regulada en el literal e) del artículo 29 del Decreto Legislativo N 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral, sin embargo, ello, en base al razonamiento limitado de la normativa nacional, sería imposible de invocar, si consideramos que la Constitución Política del Perú, a través de su artículo 27 señala que la ley otorga al trabajador protección contra el despido arbitrario, lo cual visto en base al principio de interpretación de la Constitución de conformidad con la ley – reconocido en la sentencia del Tribunal Constitucional en el conocido Caso Fujimori, perteneciente al expediente N° 4325 – 2010 PHC – TC - implicaría entonces que dicha protección se obtiene transcurrido los tres meses de periodo de prueba regulado por el artículo 10 del Decreto Legislativo N 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral; en consecuencia, ante el supuesto que motiva ésta investigación, una trabajadora gestante despedida por su estado de gravidez durante el periodo de prueba no podría acogerse al despido nulo, ni a ningún

clase de despido reconocido por ley; pues todos ellos habrán de protegerla únicamente habiendo superado el periodo de prueba.

Esta situación se constituye, como un claro desamparo constitucional y legal de la que son víctimas un sector de la población que por disposición constitucional, ameritan protección reforzada del Estado y no por el contrario una total desatención de sus derechos fundamentales, sin embargo corresponde precisar, que víctima de ésta situación será todo aquel que sea despedido en el periodo de prueba por razones infundadas y antojadizas del empleador.

Cabe resaltar, que esta vulnerabilidad ha sido originada por decisión propia de la ley que a su vez encuentra respaldo en la Constitución; por lo tanto, un asalariado despedido en el periodo de prueba por los antojos de su empleador, que sin parámetros objetivos decide prescindir de sus labores, no encontraría amparo en los dispositivos legales nacionales, pues nada habría por hacer en defensa de sus intereses, peor aún en los casos del sector de la población materia de estudio, donde se evidenciaría una situación pluriofensiva de derechos fundamentales, iniciando por el derecho a la igualdad mediante la discriminación por su estado de gravidez, continuando con su derecho a la dignidad y al trabajo, siendo evidente – en este caso en concreto – que los derechos fundamentales de la trabajadora, aparentemente estarían suspendidos durante la vigencia del periodo de prueba, lo cual conculcaría de manera directa la eficacia vertical y horizontal de los derechos fundamentales, los cuales, como se detalló al inicio del presente título, se mantienen vigentes desde el inicio de la relación laboral, esto es, desde el primer día de labor y no, transcurridos tres meses.

Además, esta realidad, evidentemente obstaculiza la labor del Estado de garantizar en su máxima expresión posible el derecho al trabajo, como derecho fundamental y a su vez como mandato de optimización.

1.3. DERECHO AL TRABAJO COMO BASE DEL BIENESTAR SOCIAL Y MEDIO DE REALIZACIÓN DE LA PERSONA.

Tal como se señaló, el artículo 1 de la Constitución Política del Perú reconoce la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como el fin supremo de la sociedad, sirviendo como base de inspiración del artículo 22 de dicho cuerpo normativo, el que coadyuva a determinar el relevante papel que juega el derecho a la dignidad en el ser humano, por ello, nuestra Carta Magna, se agencia de todo aquello que pueda ayudar al goce pleno de dicho derecho, es así, que reconoce al trabajo como un deber y derecho, base del bienestar social y como medio de realización de la persona.

Tal es así, que el máximo intérprete de la Constitución, en reiteradas oportunidades, ha establecido respecto al trabajo, que éste es inherente a la persona, pues, señala, que, en toda actividad laboral, queda plasmado la impronta del ser humano. (Cas N.º 0008 – 2015- Lima, p. 18) Así el Tribunal Constitucional cita acertadamente, las palabras del Papa Juan Pablo II, quien señala:

“El trabajo, es un bien del hombre, es un bien de la humanidad, porque mediante este no sólo se transforma la naturaleza adaptándola a las propias necesidades, sino que se realiza asimismo como hombre; es más, en cierto sentido se hace más hombre.

Asimismo, como lo enfatiza el Papa León XIII, el trabajo tiene el doble signo de lo personal y necesario, Es personal, porque la fuerza con que se trabaja es inherente a la persona y enteramente propia de aquel que

con ella labora. Es necesario, porque del fruto de su trabajo el hombre se sirve para sustentar su vida, lo cual es un deber imprescindible impuesto por la misma naturaleza.” (Cas N.º 0008 – 2015- Lima, p. 18)

De este modo, se dilucida que el Derecho al trabajo, para la legislación peruana, es reconocido como un derecho fundamental, que dignifica al ser humano, por la inversión del conocimiento, la fuerza, dedicación que toda persona ejecuta en la labor que ha escogido realizar, en aras de poder garantizar su supervivencia y la de su familia, mediante la satisfacción de sus necesidades básicas.

Desde esta visión, podemos afirmar, que el Derecho al trabajo, se encuentra íntimamente ligado al ejercicio de otros derechos como: la vida, la dignidad humana, la igualdad, la alimentación, la vivienda y la educación, entre otros. Razón por la cual, podemos reafirmar, que el trabajo es el medio para alcanzar el desarrollo y satisfacer las necesidades básicas del ser humano. (Arce, 2015, p. 50)

Sin embargo, la dignidad que produce el ejercicio del derecho al trabajo , no se origina por sí solo, sino por el contrario, para que la condición dignificante pueda aparecer en escena, es menester que la realización de la labor por parte del trabajador, se realice en las condiciones propicias y necesarias para garantizar el respeto de la esfera de derechos fundamentales que posee el empleado, tales como el garantizar elementos básicos de dichos derechos, y con ello se hace referencia a la posibilidad de escoger o aceptar libremente el trabajo, lo que evidentemente proscribire el trabajo forzoso, promueve la igualdad y no discriminación en todos los niveles, la remuneración, la seguridad y la salubridad, entre otros aspectos de condiciones laborales. (Balanta, 2015, p. 70)

Tal es así, que la misma Asamblea General de las Naciones Unidas, ha señalado en la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, que para que pueda existir en una sociedad progreso y desarrollo, es indiscutiblemente necesario que todo miembro de dicha sociedad, tenga garantizado por parte del Estado, su derecho al trabajo y con ello su derecho a la realización como persona, pues mediante la promoción del empleo se logrará promover la participación de todos sus integrantes, en un trabajo productivo y socialmente útil, en el que formen parte de algo mucho más grande que un desarrollo económico y social, sino también un desarrollo personal. (Balanta, 2015, p. 72)

De este modo, al ser los ciudadanos, quienes, mediante su labor, ofrecen su servicio a favor de un tercero, éste último no solo es el beneficiado por el trabajo brindado por su empleado, sino por el contrario, es el mismo asalariado, quien podrá lograr en sí mismo, el sentimiento de satisfacción y utilidad, al formar parte de una esfera productiva, que desembocará en efectos positivos, de un rango aún mayor, esto es, un incremento económico y social.

De tal modo, es necesario reafirmar, que el verdadero garantismo de la dignidad del trabajador radica en su condición de autor y sujeto de su propia labor y retribución, tal es así, que el Tribunal Constitucional, reconoce tres aspectos sustantivos, del Derecho al Trabajo y son los siguientes:

“Esencialidad del acto humano, destinado al mantenimiento y desarrollo de la existencia y coexistencia social

Vocación y exigencia de naturaleza humana. El trabajo es sinónimo y expresión de vida.

Carácter social de la función, ya que sólo es posible laborar verdaderamente a través de la colaboración directa o indirecta de otro ser humano, o sea trabajando con y para los otros” (Cas N.º 0008 – 2015-Lima, p. 18)

1.4. LA DISCRIMINACIÓN LABORAL

La Constitución Política del Perú en su cuarta disposición final y transitoria, el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; los artículos 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1 y 24 de la Convención Americana de los Derechos Humanos; 3, del Protocolo de San Salvador y 1 y 3 del Convenio N 111 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, todos ellos ratificados por el Perú, constituyen el parámetro de interpretación constitucional que proscriben cualquier trato discriminatorio en nuestro país. Así, dentro de los cuerpos normativos internacionales de mayor relevancia, tenemos al Convenio N 111 de la OIT, el cual en el artículo referido – a la letra – consagra que:

“1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación (...)

2. A los efectos de este Convenio, los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.”

En consecuencia, en base a lo señalado por los estándares internacionales a los cuales se encuentra sometido nuestro país, es que el Tribunal Constitucional, ha referido que la discriminación laboral consiste en dispensar a las personas de un trato diferente y menos favorable debido a determinados criterios como el color de piel, sexo o cualquier condición aunada a ella, religión, ideas políticas, o diversos motivos que excluyen los méritos de la persona y que la convierte en incalificable para ocupar o desempeñarse en determinado puesto de trabajo, lo

cual, indubitablemente se constituye como un obstáculo para que las personas puedan alcanzar la clase de trabajo a la que aspiran (libertad de trabajo) pudiendo inclusive, influir en la capacidad del trabajo de la víctima para conservar un puesto de trabajo (estabilidad laboral). (Stc N 05652 – 2007 – PA – TC – Lima). En buena cuenta, la discriminación laboral, entraña un menoscabo al derecho a la igualdad de oportunidades y de trato sin discriminación y a la libertad de trabajo, en razón al impedimento que genera, de que las personas puedan elegir y desarrollarse en la esfera profesional o laboral que deseen según sus propias aspiraciones.

Y es que, al respecto, la doctrina ya ha reconocido que las acciones de discriminación proscritas por la Constitución se concretizan en las dos circunstancias siguientes: i) Acto de diferenciación arbitraria al momento de postular a un empleo y ii) Acto de diferenciación arbitraria durante la relación laboral. (Stc N 008– 2005 – PI – TC – Lima).

En esta misma línea, el máximo intérprete de la Constitución, ha diferenciado dentro de la discriminación laboral, dos tipos de acciones; la acción directa y la acción indirecta, respecto de la primera, señala que se refiere a cuando la conducta del empleador forja una distinción basada en una razón inconstitucional, pues la decisión vulneradora se fundamentó en motivos carentes de razonabilidad y proporcionalidad; por ejemplo: tal como sucede ante el despido de una mujer por su estado de gravidez; mientras que, la acción indirecta, se encuentra referida a la conducta del empleador que forja una distinción basada en una discrecionalidad antojadiza, revestida con la apariencia de lo constitucional, lo que por ejemplo se concretiza, ante la supeditación del acceso a un puesto al dominio de un idioma en particular, cuando la capacidad

lingüística no es un requisito indispensable para el desempeño de dicha labor. (Stc N 05652 – 2007 – PA – TC – Lima). En consecuencia, hasta esta instancia, reconocemos que cualquier acto de discriminación hacia la mujer por su estado de gravidez, el Tribunal Constitucional, lo ha reconocido como una acción directa de la discriminación laboral.

Continuando, es importante precisar, que la discriminación laboral y la igualdad de oportunidades se encuentran íntimamente ligados en razón al derecho fundamental que ambas figuras cautelan, es decir, la igualdad de trato, mediante la cual, se obliga a que la conducta del Estado y/o de los particulares, en relación a las actividades laborales, no generen diferenciaciones irrazonables y por ende, arbitrarias; pues, es lógico que sí la actuación diferenciada posee fundamentación en cautelar los intereses de la persona en razón a su condición especial (madre gestante, persona con habilidades especiales, el niño o el anciano, etc.) coadyuvando a obtener un trato igualitario en comparación con las personas que no poseen su condición, éste actuar encontrará justificación. (Valderrama & Cavalié, 2018, 73).

En este sentido, la discriminación en el ámbito laboral es un fenómeno social, cotidiano y universal que ocasiona desigualdades entre las personas, generando desventajas sociales y económicas que debilitan la posibilidad de acceso a una esfera de solidaridad de la sociedad en su conjunto. Es por ello, que la erradicación de toda práctica discriminatoria posee como finalidad promover la igualdad de oportunidades sin discriminación para el disfrute de un trabajo decente, sin perjuicio del origen, sexo, raza, color, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma o de cualquier otra índole.

1.4.1. LAS TRABAJADORAS GESTANTES COMO GRUPO VULNERABLE ESPECIALMENTE PROTEGIDO.

Todo ser humano, en la dimensión en la que se encuentre propenso a ser herido o ser receptor de una lesión, ya sea de índole físico o psicológico, lo constituye como un ser vulnerable por propia naturaleza. Esta vulnerabilidad, según Uribe Arzate y Gonzáles Chávez, es una de carácter genérica, razón por la cual, puede presentarse en todo ser humano, sin excepción alguna. Empero, tal como señala éste autor, existe otro tipo de vulnerabilidad, esto es, la específica, denominada de este modo, pues solo se manifiesta en determinados grupos de personas, los que, por factores endógenos o exógenos, poseen un grado de vulnerabilidad, mucho mayor al genérico, los cuales, a su vez, son tradicionalmente discriminados directa o indirectamente por la sociedad y/o el Estado. (Uribe, 2007, p. 205)

Tal es así, que en aras de compensar lo señalado, es que la Constitución Política del Perú, en su artículo 4, reconoce la obligación que tiene el Estado y la comunidad, de proteger especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono, con lo cual se consagra la tutela especial y reforzada que poseen estos grupos sociales, en mérito a su condición particular, los que evidentemente ante cualquier contingencia requieren atención urgente y eficaz.

Estas medidas protectoras que se adoptan para este grupo de personas responden a las tradicionales prácticas discriminatorias de las que son víctimas, circunstancias que hacen necesaria la existencia de las referidas medidas, que cautelen en mayor grado los derechos de los referidos grupos vulnerables– en

contingencias en las que su derecho a la dignidad se ven enormemente menoscabados. (Munayco, 2012, p. 172)

Ahora bien, tal como lo preceptúa nuestra Carta Magna, dentro del grupo de personas que adquieren protección especial por parte del Estado, ubicamos a la madre en su más amplia trayectoria, ello, en razón a que, es bien sabido que la mujer, a lo largo de la historia, ha sido objeto de las mayores prácticas de discriminación, muchas de las cuales, han dado origen a la creación de normas internacionales que protegen su dignidad e integridad física y psicológica, tal como la Convención Belém Do Pará, que nace a partir de la tragedia suscitada en el campo algodonero en México, ante la muerte sistemática de mujeres durante poco más de una década.

Otro de los cuerpos normativos internacionales que protegen los derechos de la mujer es la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDM), la cual señala que:

“La discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad”

Así, es preciso señalar que según el artículo 1 de la CEDM la expresión “discriminación contra la mujer” comprende toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de la mujer, independientemente de

su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. De este modo, en base a esta norma internacional, podemos afirmar que la discriminación contra la mujer, comprende toda distinción de trato por razones de sexo que: i) con intención o sin ella sea desfavorable para la mujer, ii) sea un obstáculo para que la sociedad en su conjunto reconozca los derechos humanos de la mujer en la esfera pública y en la esfera privada; o iii) sea un obstáculo para que las mujeres gocen y ejerzan plenamente todos sus derechos humanos, tal como su derecho al trabajo, a la dignidad, entre otros. (Stc N 05652 – 2007 – PA – TC – Lima).

Por su parte, manifiesta Munayco Chávez, que para efectos del referido Convenio, se tuvo en cuenta el gran aporte que brinda la mujer, no solo para el bienestar de su familia, sino que sus efectos se extienden hasta el desarrollo de la sociedad, he ahí, la importancia social de la maternidad, y de la función de ambos padres en la formación educativa de sus hijos, así pues al ser la mujer, fuente de procreación, ello, no debe ser motivo de discriminación, sino por el contrario, se debe incentivar a que la educación de los niños, sea formada en responsabilidad compartida, entre el padre, la madre y la sociedad. (Munayco, 2012, p. 172)

Sin embargo, es innegable que a nivel de todo el mundo, la discriminación contra la mujer por razón de sexo ha sido una de las mayores prácticas a nivel social, la cual incluye tratamiento peyorativos que no se fundan únicamente en la razón del sexo de la víctima, sino que, se fundan también, en la concurrencia de razones directas e inequívocas que tienen que ver con el sexo de la persona, tal como sucede con el embarazo, factor diferencial propio de la mujer. De esta

manera se debe afirmar, que las decisiones extintivas basadas en el embarazo, al afectar única y exclusivamente a la mujer, constituyen, indudablemente, una discriminación por razón de sexo, proscrita por el inciso 2) del artículo 2 de nuestra Carta Magna. (Stc N 05652 – 2007 – PA – TC – Lima).

Ahora bien, tal como se mencionó al inicio del presente capítulo, la concepción de que los derechos fundamentales únicamente pueden circunscribirse en una relación particular – Estado, se ha desvanecido, tal es así, que, en la actualidad, el respeto por el catálogo de estos derechos, también resultan exigibles y, en consecuencia, materia de respeto, entre particulares. Sin embargo, es necesario resaltar la importante labor que debe desempeñar el Estado ante situaciones como la descrita, pues el solo reconocimiento de la igualdad jurídica de la mujer, no garantiza por su cuenta propia, un trato en igualdad de condiciones, ya que para arribar a una igualdad real de la mujer en la sociedad y en el trabajo, es imperativo que los Estados puedan aplicar medidas positivas de carácter correctivo, mediante la creación de normas jurídicas, políticas, planes, programas y prácticas, que permitan compensar las desventajas históricas de la que son víctimas las mujeres; en consecuencia, es deber del Estado ser el promotor de la igualdad sustancial entre los individuos mediante acciones positivas o de discriminación inversa. (Valderrama & Cavalié, 2018, 77)

En razón a ello, no amerita mayor cuestionamiento considerar que desde el primer día de la relación laboral hasta el último, los derechos fundamentales mantienen la eficacia que la Constitución les reconoce, en consecuencia, el empleador bajo ninguna circunstancia puede desconocerlos, pues lo contrario, implicaría, la declaratoria de inconstitucionalidad respecto al acto en cuestión, ello, en razón a que es común que bajo el pretexto del ejercicio de la libertad de

empresa, el patrono, menoscabe los derechos fundamentales de sus empleados, a través de la adopción de medidas irrazonables y desproporcionadas.

Por ello, cuando de una trabajadora gestante se trate, debe recordarse que el estado de gravidez de una mujer se configura como una situación de especial vulnerabilidad, que amerita protección reforzada por parte del Estado como la de los particulares, de este modo en, las relaciones laborales, razón por la que el empleador habrá de actuar con un grado mayor al promedio de diligencia, así las decisiones que adopte en base a su poder de dirección y las facultades conferidas por ley, habrán de ser tomadas considerando el grado superior de protección de la gozan. De este modo, si un empleador pretende despedir a un trabajador en su periodo de prueba fundándose de manera arbitraria en razones antojadizas, dicha situación por sí sola devendría en inconstitucional; *ergo* si el referido empleado es una trabajadora gestante, pues la vulneración de sus derechos constitucionales serían en un nivel superior, por la vulnerabilidad y la protección especial que – como ya se ha mencionado – ostentan; circunstancias que ameritan que el Estado promueva establecer una serie de parámetros que limiten el actuar del empleador frente al periodo de prueba.

1.5. PROTECCION REFORZADA A LA ESTABILIDAD LABORAL DE LA TRABAJADORA GESTANTE.

La protección de la madre gestante en el trabajo se ha constituido como una de las mayores preocupaciones de la Organización Internacional del Trabajo así como de las legislaciones nacionales, ello porque la mujer y su participación en las esferas laborales ha ido incrementando día con día, lo que va de la mano con el hecho de que estas mujeres puedan quedar embarazadas y que el proceso

biológico del embarazo y el nacimiento del niño, ocasionen efectos jurídicos que la legislación no puede dejar de regular; pues es indudable la situación especial en la que la mujer se encuentra durante el transcurso de todo este proceso biológico. (Arévalo, 2017, p. 74)

En el Perú como en otros Estados, se ha promulgado una legislación dedicada a la protección de la madre en el trabajo, a efectos de proteger la salud de la gestante, así como del concebido o del recién nacido, garantizándole la conservación de su empleo y facilitando la continuación de sus labores dentro de su centro de trabajo. Estas medidas protectoras buscan que la mujer, preserve energías con el fin de que no se vea afectada su labor como trabajadora ni como madre. (Arévalo, 2017, p. 74)

Desde su fundación en 1919, la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), se mostró preocupada por las madres trabajadoras, es por ello que a lo largo de toda la historia desde su creación, ha aprobado una serie de convenios destinados a la protección de la maternidad, tales como: Convenio N 03 el cual, luego de ser revisado en 1952, dio origen al Convenio N 103 y a la Recomendación N 95 así como al Convenio N 158. En lo que al Perú interesa, en la 87 reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en junio de 1999, se acordó instituir la Comisión de Protección a la Maternidad, acordándose también en dicha reunión, que se celebraría en junio del año 2000, el asunto titulado “Revisión del Convenio sobre la Protección de la Maternidad” (revisado), 1952 (N 103) y de la Recomendación sobre la protección de la maternidad, 1952 (N 95), con miras a la adopción de un Convenio y una Recomendación mejorada. (Arévalo, 2017, p. 75)

Es así, que en junio del 2000, se aprobó el Convenio N 183 de la OIT, sobre la protección de la maternidad, el mismo que fue ratificado en el Perú, mediante Resolución Legislativa N 30312, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 22 de marzo del 2015, el cual en su artículo 8 consagra que se prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia.(Arévalo, 2017, p. 75) Tal como puede observarse, el Perú, se encuentra obligado no solo por nuestra Carta Magna sino también, por el propio Convenio N 183, ha cautelar los intereses de la mujer gestante y en consecuencia erradicar toda forma de discriminación en contra de este grupo humano. Se precisa, que de dicho cuerpo normativo internacional, no se dilucida el momento a partir del cual el empleador habrá de respetar y proteger los derechos de las trabajadoras gestantes, pues categóricamente consagra la prohibición de despedir a una mujer por su estado de gestación, lo cual lógicamente, no habrá de limitarse al transcurso del periodo de prueba sino que habrá de entenderse que la trabajadora gestante, gozará de esta protección durante toda la relación laboral desde el primer día, esto sostenido en la vigencia de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

1.5.1. LA PROTECCIÓN DE LA MADRE TRABAJADORA CONTRA EL DESPIDO.

Tal como se señaló en el párrafo precedente, el embarazo o el nacimiento, en ninguna circunstancia puede constituir causal que ocasione el despido o la imposibilidad de retornar a su centro de labores después de la lactancia, así ha sido previsto por la normativa nacional e internacional señalada.

La Ley N 30367 – Ley que protege a la madre trabajadora contra el despido arbitrario y prolonga su periodo de descanso, ley de alcance nacional, consagra en su artículo 29 que, para que un despido pueda ser considerado nulo, el despido deba suceder en determinados momentos del proceso gestacional, de nacimiento del niño o de lactancia. Así, tenemos que, el despido se considerará nulo por motivo de: i) embarazo, si la acción discriminatoria del vínculo laboral se produce durante el periodo que transcurre desde la fecundación del óvulo al espermatozoide hasta el parto; ii) el nacimiento y sus consecuencias, este móvil se configurará cuando el despido se produzca a partir del momento del nacimiento del bebé hasta 90 días posteriores. Finalmente, se considerará nulo el despido por motivo de: iii) lactancia, cuando el despido ocurre durante el periodo en el que la trabajadora se encuentra haciendo uso de derecho de lactancia materna, el cual, posee asidero legal en el numeral 1.1. del artículo del artículo 1 de la Ley N 27240, modificado por la Ley N 27591, permiso que se extiende desde el término del descanso posnatal hasta que el hijo tenga un año. En este sentido, para la presente tesis nos hemos enfocado en el despido que se produce durante el embarazo - ítem i) - el cual habiendo o no, sido notificado documentalmente al empleador, se constituirá como nulo, cuando éste no demuestre la causa justa que motivo el fin del vínculo laboral. Sin embargo, debe precisarse que la referida ley reconoce como despido nulo, al amparo del artículo 10 de la LPCL, debemos entenderlo que se configurará transcurrido el periodo de prueba determinado por ley; en consecuencia, corresponde preguntarnos: Y si el “despido nulo” se produce durante el periodo de prueba, teniendo en consideración lo argumentado por la vigencia de los derechos fundamentales en

la relación laboral y la eficacia horizontal de los mismo, ¿Qué sucedería? Esta pregunta se absolverá posteriormente.

Así, a propósito de que nos hemos pronunciado respecto al despido nulo, resulta necesario abarcar ciertos aspectos de relevancia que se suscitan dentro de un proceso judicial como el señalado, más aún cuando el despido nulo invocado se refiere al despido de una madre trabajadora. La Ley N 29497, en el literal b) del numeral 23.3) asigna la carga de la prueba del motivo de nulidad al trabajador; sin embargo, en la actualidad el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“no corresponde a la demandante acreditar que el despido fue realizado como consecuencia del embarazo. Aún si se asumiera – como parece asumir la Sala – que el despido se produjo meses antes, el despido resulta igualmente nulo toda vez que aún en ese caso el despido se ha producido durante el periodo de gestación. Por ello, corresponde estimar la demanda” (Cas. N 03190 – 2008, fundamento 4)

Esta posición ha sido asumida por el Tribunal Constitucional, pese a que la propia Ley N 30367, consagra que la protección que otorga la ley es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa; sin embargo, como ya se mencionó el máximo intérprete de la Constitución ha sido bastante claro respecto al requisito de comunicación previa, así, continúa señalando que:

“ cuando en el último párrafo de la norma materia de casación se dispone como exigencia la notificación documental del embarazo al empleador (previa al despido) para oponerla como causal de nulidad de despido, lo que se buscó evitar despidos arbitrarios a mujeres gestantes que no traslucen su real situación especial, de allí que se requiera en este caso como requisitos sine qua non la comunicación documental al empleador, pues de lo contrario no sería posible presumir que el despido efectuado se encontró motivado en razones discriminatorias contra la gestante. Distinta es la situación cuando el estado de gestación es evidente por el desarrollo del feto, resultando razonable entender que la madre trabajadora se encuentra igualmente protegida frente a despidos, en atención al precepto constitucional señalado en el considerando anterior; consecuentemente de producirse el despido de una madre en evidente

estado de gestación, se debe entender que tal despido tiene como fundamento la discriminación por embarazo”. (Cas N 275 – 2005 – Arequipa, fundamento 12)

Al igual que el Tribunal Constitucional, a efectos de la presente tesis, hemos asumido la postura de que aún en el caso de que la mujer no hubiera notificado documentalmente al empleador su estado de gravidez, pero su embarazo es evidente a la vista, el despido se produciría por simple apreciación visual.

Ahora bien, hasta el momento se ha analizado la posibilidad de un despido nulo de una trabajadora gestante, por no existir causa justa de despido, pero es necesario precisar que la protección otorgada a la madre trabajador por la Ley N 30367, de ninguna manera puede considerarse como una justificación a la indisciplina e inclusive al incumplimiento de sus labores, afectando lógicamente los intereses del empleador, pues como bien se señaló al inicio de esta investigación, no se pretende proteger un derecho y desconocer otro, sino, encontrar un balance entre ambos derechos fundamentales. En este sentido, el empleador mantiene la posibilidad de poder despedir a una trabajadora, siempre y cuando tenga causa justa imputable. (Arévalo, 2017, p. 77)

Sin embargo, el despido de una madre trabajadora durante el periodo de prueba, como ya se mencionó, no ha generado pronunciamiento específico por parte del Tribunal Constitucional, pues legalmente se encuentra amparado en el artículo 10 de la LPCL, en el cual se reconoce al periodo de prueba precisando que al finalizarse – ya sea de tres, seis o inclusive doce meses – el trabajador obtendrá protección contra el despido arbitrario, en consecuencia el máximo intérprete de la Constitución, siguiendo esta misma línea, ha precisado que mientras la trabajadora gestante se encuentre sujeta al periodo de prueba legal o convencional, no goza de protección contra el despido arbitrario, pudiendo ser

despedida sin responsabilidad alguna del empleador. (Stc. Exp. 02456 – 2012, fundamento 6)

Respecto a esto, resulta interesante citar la postura del autor Arévalo, doctrinario argentino, el cual, sobre lo referido señala que:

“En otras palabras, si la situación de embarazo genera una presunción en favor de la trabajadora, y a fin de evitar que el despido pueda ser considerado discriminatoria, el empleador debe demostrar que los motivos que lo impulsaron a disolver el vínculo son ajenos al tal hecho, es decir el embarazo, ya que en esta situación particular, y aunque la ley no lo prevea expresamente no basta que el empleador despida sin invocar más que su voluntad ya que los valores en juego y los bienes jurídicos tutelados tienen distinta jerarquía. Y ello se debe a que no nos encontramos ante una cuestión fáctica originada en el sexo, sino en el embarazo, perjudicándose entonces no a la mujer a secas, sino a la mujer gestante, por lo que el patrono debe acreditar que el despido durante la etapa probatoria nada ha tenido que ver con la maternidad.” (Arévalo, 2017, p. 78)

Esta posición doctrinal, como puede observarse, resultó de suma importancia para el desarrollo de esta tesis, pues se presenta como una postura que de algún modo, pretende limitar el ejercicio del empleador al resolver un contrato laboral con una trabajadora gestante durante el periodo de prueba, que como bien señala, si bien este actuar contiene asidero legal, ello no puede asumirse como un despido común y corriente a los demás, pues en juego se encuentran otros derechos propios de una madre gestante, que como ya se ha señalado, es integrante de un grupo vulnerable que amerita protección reforzada; razón suficiente por la cual, el patrono habrá de acreditar fehacientemente que el despido durante el periodo de prueba, se debe a causa justa y en ningún extremo tiene relación con el estado de gravidez de la trabajadora.

Circunstancia, que en realidad peruana, se tiene por sobreentendido, pues para todo empleador es claro que no despedirá a su trabajadora por conocer durante el periodo de prueba de su estado gestacional, pues ello se constituye como un inminente acto de discriminación, sin embargo, es conocido, que en la práctica

lo que se hace es disfrazar dicha motivación por una causal justa, relacionada con su capacidad o conducta, siendo en este punto, la importancia de que el empleador pruebe indubitablemente la causa invocada en el despido, después de seguir un procedimiento debido, se anularía , la posibilidad de que un patrón pueda despedir sin invocar causa alguna real.

1.5.2. DERECHO A LA PROTECCIÓN ESPECIAL EN EL TRABAJO DE LA MADRE GESTANTE.

Reanudando lo señalado en el párrafo anterior, es justamente dicha situación, que hace importante determinar, si las trabajadoras gestantes, después de que hagan conocer a su empleador su estado gestacional, deban recibir los cuidados especiales que amerita su situación, tal como la Ley N 28048 – de protección a favor de la mujer gestante que realiza labores que pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto, publicada en el diario oficial El Peruano, reglamentada por el Decreto Supremo N 009 – 2004 – TR, ha previsto, que el manto protector de la trabajadora gestante se manifiesta también mediante la tutela de las labores asignadas a realizar durante la concepción y el alumbramiento.

Esto, porque como bien señala la doctrina nacional, el empleador apenas tome conocimiento del estado de gravidez de la madre gestante, deberá adoptar las medidas necesarias para asignar labores a la madre gestante que no signifiquen un riesgo a la salud o el desarrollo normal del embrión y el feto, sin que ello afecte sus derechos laborales. (Arévalo, 2017, p. 80)

Y es que, lógicamente, como se señaló, es prácticamente imposible, que un empleador despidiera a una trabajadora gestante, invocando como causal su estado gestacional, pues este actuar se constituye propiamente como un acto de

discriminación que lo reviste de nulidad, sin embargo, si durante el periodo de prueba el patrono, después de conocer la gravidez de su trabajadora, comienza a asignar labores que ponen en riesgo la salud de ella y del bebé, o labores que por su propia naturaleza le serán dificultosas realizar, y estos cambios de asignaciones de labores son repentinos, injustificados y desmedidos; lógicamente se constituirá como una práctica de persecución en contra de la madre trabajadora, la cual, evidentemente no responderá a la exigencia irrazonada del empleador, brindándole a este último, la facultad de poder despedir a la trabajadora, arguyendo razones aunadas a su conducta o capacidad.

De esta manera, es importante, evaluar cada caso en concreto, para poder determinar si la causal de despido se ha fundado en causa justas y reales, y por el contrario no han sido causas provocadas por el interés del empleador de despedir a una trabajadora gestante, disfrazándolo con causas justas que pudieron ser provocados por él mismo, asignándole labores inadecuadas y riesgosas de manera repentina e injustificada. Es de este modo, que sumándonos a lo que la Ley N 28048 consagra, se observa que el legislador en ningún extremo limita esta protección a la superación del periodo de prueba, y en consecuencia debemos entender, que la protección especial que se ha de brindar a la trabajadora gestante habrá de ejercerse desde el inicio de la relación laboral.

1.6. LA CONCRETIZACIÓN DEL PRINCIPIO – DERECHO A LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES SIN DISCRIMINACION EN LA RELACIÓN LABORAL DE LAS TRABAJADORAS GESTANTES.

El trabajo humano, a lo largo de la historia, se ha constituido como el factor predominante que ha coadyuvado en el avance y desarrollo de la humanidad, por erigirse como la principal fuente generadora de recursos, y en consecuencia, como el principal medio de subsistencia humana. Sin embargo, el despliegue del trabajo humano, se desarrolla en la cuna de toda relación laboral, la que se constituye – en término prácticos – como el despliegue o puesta a disposición de la actividad o energía del trabajador, en favor del empleador; relación que desde el inicio se torna desigual o dispar, por ser el patrono quien posee el poder de establecer todas las condiciones en las que habrá de desarrollarse las actividades laborales. (Lalupú, 2017, p. 124)

Es en este escenario, que el derecho laboral, caracterizado por su tuitividad, en muchas ocasiones ha de recurrir a los principios laborales, dentro de los cuales, el que con mayor frecuencia se invoca es el principio de igualdad de trato o igualdad de oportunidades. Sin embargo, antes de continuar con el análisis del referido principio, es importante definir lo que se entiende por principio laboral, citando a los autores más conocedores de la materia. Así tenemos, en palabras del profesor Américo Plá, que los principios se constituyen como líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente en la solución de determinados conflictos jurídicos, situaciones de las cuales, en muchas ocasiones, se encausan en la aprobación de nuevas normas o la interpretación de las ya existentes. (Plá, 1998, p. 13)

Por su parte, el profesor García Toma, señala que los principios laborales constitucionales, han sido conceptualizados por la doctrina como:

“Aquellas reglas rectoras que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuente de inspiración directa o indirecta en solución de conflictos sea mediante la interpretación, aplicación o integración normativa”. (Citado por Lalupú, 2017, p. 125)

Ahora bien, el derecho fundamental, reconocido en el numeral 2) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, ha consagrado lo concerniente a la igualdad ante la ley, esto es, la prohibición de ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición o cualquier otra índole. Sin embargo, respecto a este artículo, es preciso mencionar que no debe entenderse en un sentido literal, sino por el contrario como un derecho fundamental, mediante el cual, las personas no pueden pretender exigir un trato igual a los demás, sino un trato igual en comparación con aquellos, que se encuentren en una condición idéntica.

El derecho a la igualdad, se encuentra preceptuado también, en normas de talla internacional, que dieron origen a lo establecido en nuestra Carta Magna, así, se encuentra consagrado en el artículo 2 numeral 1) Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como también en el artículo 2 numeral 2) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, además del artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y finalmente en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, todos ellos, ratificados por el Estado peruano. De este modo, su reconocimiento nacional, proviene de estándares de talla internacional, lo que consecuentemente, permite determinar, que su respeto, promoción y aplicación, es a nivel mundial.

Ahora bien, la igualdad, además de ser un derecho, también podemos considerarlo como un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho, así como de la actuación de los poderes públicos. (Cas. N 6111 – 2009, fundamento, 21). De este modo, se considerará como principio, pues tiene alcance general y amplio, y como tal, recorre todo el ordenamiento jurídico peruano; y como derecho fundamental, pues permite rechazar todo tipo de acto o práctica discriminatoria. Respecto a esto, el Tribunal Constitucional, en una interpretación del artículo 2 numeral 2) de la Constitución ha señalado que:

“Como este Tribunal ha afirmado, la igualdad consagrada constitucionalmente, detenta la doble condición de principio y derecho fundamental. En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo, que en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (motivo de cual índole) que jurídicamente resulten relevantes. En cuanto constituye un derecho fundamental, el mandato correlativo derivado de aquél, respecto a los sujetos destinados de este derecho (Estado y particulares), será la prohibición de discriminación. Se trata entonces, de la configuración de una prohibición de intervención en el mandato de igualdad. “(Stc. 5652 – 2007 – PA/ TC)

Ahora, tratando el principio – derecho a la igualdad y no discriminación en el ámbito laboral, debemos señalar, que compartiendo la posición del profesor Américo Plá, precisamos que el principio de igualdad con relación al de no discriminación, no son equivalentes, ni tampoco indiferentes, razón por la cual, se sostiene que el principio de no discriminación es la versión más modesta o simple del principio de igualdad, pues en esencia, prohíbe introducir diferenciaciones, por razones no admisibles. (Lalupú, 2017, p. 126)

Este principio, en la esfera laboral, se encuentra regulado en la denominada Constitución Laboral, que no es más que la Carta Magna, en el artículo 26.1, el cual, señala que en la relación laboral se respetan – entre otros principios - 1: igualdad de oportunidades sin discriminación. Este mandato, al contrario de lo que sucede en el artículo 2.2) de la Constitución, el cual se encuentra dirigido al Estado, tiene como destinatarios exclusivamente a cualquier empleador sean privados o públicos, los cuales deberán respetar dicho principio. Sin embargo, esta prescripción normativa, entraña dos conceptos: i) igualdad de oportunidades y ii) no discriminación, los cuales, a su vez, son complementarias entre sí, cuyo desarrollo y evolución han atravesado dos facetas centrales; la primera referida a la igualdad formal y correspondiente discriminación directa y la segunda, respecto a la igualdad sustancial y su correspondiente discriminación indirecta. De este modo, dependiendo del carácter público o privado del sujeto obligado a no procurar disparidad, se distingue: la igualdad ante la ley y la igualdad de trato; donde la primera vincula al Estado con el ejercicio de sus funciones: legislativa, administrativa y jurisdiccional; mientras que la segunda, es la igualdad de trato que vincula la autonomía privada en sus diversas exteriorizaciones, normativas o no normativas; dentro de las que comprende, las decisiones unilaterales del empleador, de la organización sindical, o de la autonomía privada; donde todos ellos, quedarían proscritos si se hubieren adoptado arbitrariamente. (Lalupú, 2017, p. 127)

En dicho entendido, la igualdad de trato, sobre la cual valga recordar no ha sido reconocida como tal en nuestra Carta Magna, sino como igualdad de oportunidades, tiene una estrecha relación con la no discriminación, al sostener en el fondo que todo acto discriminatorio injustificado en una situación, lesiona

en gran medida la dignidad de un trabajador, la cual, es igual para todos; razón por la que, todo acto discriminatorio en la relación laboral afecta en menor o mayor grado la igualdad de oportunidades o de trato. (Lalupú, 2017, p. 127) Sin embargo es necesario precisar, que el Tribunal Constitucional, a la par de lo ya argüido, ha sostenido también, que no todo trato desigual constituye una discriminación constitucionalmente prohibida, sino, únicamente aquella que no está razonablemente justificada. (Stc N 05652 – 2007 – PA – TC – Lima).

De esta manera, podemos sostener que en el ámbito laboral, es completamente admisible otorgar un trato diferenciado cuando existen razones objetivas y justificadas, *contrario sensu*, si las situaciones son completamente idénticas, las diferencias nos conducirían a una práctica discriminatoria, ello, en razón a que la igualdad nos invoca a tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, siendo en consecuencia, completamente correcto, otorgar un trato diferenciado, en el caso en que dos trabajadores o empleados no se encuentren en situaciones iguales, ya sea por razón de sexo, raza, condición económica, etc. (Lalupú, 2017, p. 127)

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha realizado ciertas precisiones, tal como la plasmada en el conocido caso de los perros guías, la que si bien se desarrolla en un contexto distinto, se hace referencia a la denominada discriminación por indiferenciación, figura por la cual, se encuentra proscrito tratar igual a quienes se encuentran en situaciones distintas, omitiendo brindar un tratamiento diferenciado justificado. (Stc N 05652 – 2007 – PA – TC – Lima).

Así tenemos que, si bien en el caso citado, la omisión del trato diferenciado fue respecto a permitir el ingreso a una persona invidente a un centro comercial con su perro guía; la aplicación de la discriminación por indiferenciación en la

presente investigación fue de aplicación inminentemente necesaria, al estar en juego, los intereses de un grupo vulnerable y que sobre la que la Constitución ha dispuesto brindar protección reforzada, de la que no gozan aquellos que no integren estos grupos vulnerables. Esta protección reforzada, evidentemente se sustenta, en el alto grado de vulnerabilidad en la que se encuentran a comparación de los demás miembros de la sociedad, así tenemos, que la mujer gestante, es parte integrante de estos grupos vulnerables y en consecuencia, al ser el elemento primordial en la premisa que se desarrolla en esta investigación, es menester la aplicación de la figura de la discriminación por indiferenciación durante el periodo de prueba, lo cual se concretizaría a través de un trato proteccionista reforzado, es decir, si bien se conoce que en la práctica en una situación cotidiana, despedir en el periodo de prueba a un trabajador, sin brindar justificación alguna, es muy común; esto no puede suceder cuando se trate de una trabajadora gestante, pues habrá de manejarse con mucha cautela de sus derechos fundamentales, siendo necesario establecer una mecánica que proteja sus intereses a través del establecimiento de límites a las facultades que posee el empleador al acogerse al artículo 10 del Decreto Legislativo N 728 – Ley de Productividad y Competitividad Laboral, tal como sería, la necesidad imperiosa de justificar el despido y de probarlo fehacientemente, de manera que se desvincule el cese de la relación laboral al estado de gravidez de la trabajadora. Ahora, dentro de los actos atentatorios contra el principio de igualdad y no discriminación, tenemos los que están relacionados con la remuneración y las mejoras salariales, con la promoción y el ascenso, con las condiciones de trabajo, con los traslados de función y sobretodo, en lo que a nosotros importaba, con la extinción de la relación laboral. (Lalupú, 2017, p. 128)

En buena cuenta, la igualdad de trato se constituye como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna, esto es, según la Ley N 27270, la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o trato, salvo exista una justificación objetiva y razonable de esa desemejanza de trato, tal como sí sucedería con la premisa que fue detallada en esta investigación, la cual versa sobre la madre trabajadora, y sobre la que existe una instaurada creencia asumida por los empleadores, de que la contratación de trabajadoras gestantes y/o madres trabajadoras, implica verse ante la imperiosa necesidad, de asumir, mayores costos laborales, lo cual, ha generado que, el derecho al trabajo de dicho grupo vulnerable se vea menoscabado, desconociendo en su completud, la protección especial que les ha asignado el régimen constitucional y legal. (Domingo, 2013, p.162)

Respecto a ello, el Tribunal Constitucional, en la sentencia emitida en el expediente signado con el número 05652 – 2007, ha establecido entre otras cosas, que la discriminación por sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos, que no se sustenta únicamente en el sexo del afectado, sino que, por el contrato, se encuentra aunado a las circunstancias conexas directas e inequívocas, que se mantiene con determinado sexo. Ello, tal como ocurre con el embarazo, el cual es un factor diferencial, que por razones más que obvias, incide única y exclusivamente en la mujer, por lo tanto, las decisiones extintivas, sustentadas en el estado de gravidez, al ser afectadas solo las mujeres, constituyen *per se*, una discriminación por sexo, prohibida por el artículo citado al inicio de este párrafo.

En este sentido, el mismo Tribunal Constitucional, en la sentencia del proceso citado, manifiesta textualmente lo siguiente:

“Por ello, el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo, como también lo es, la negativa de contratar a una mujer embarazada. Son manifestaciones de discriminación directa porque excluye la posibilidad de justificar objetivamente, la razonabilidad y proporcionalidad de la medida”

Creencias, que está presente investigación pretende erradicar, mediante la búsqueda de la igualdad de trato y no discriminación respecto de las trabajadoras gestantes durante el periodo de prueba; donde, respecto a la igualdad de trato, en su vertiente referida a la posibilidad de un trato diferenciado y por la discriminación, en su vertiente de discriminación por indiferenciación, se arribe a otorgar un trato diferente a las trabajadoras gestantes durante el periodo de prueba, basándonos en la protección reforzada de la gozan; en la que habrían de instaurarse medidas que las protejan y no por el contrario, anulen sus posibilidades de mantener una relación laboral, solo a causa de su estado de gravidez pese a demostrar un desempeño laboral eficaz – lo cual si sería un acto de discriminación directa - siendo posible brindar un equilibrio de cautela de los derechos fundamentales de ambas partes, pues como bien se señaló, esta investigación no pretende sobreproteger desmesuradamente a la trabajadora gestante y por ello consentir irresponsabilidades de su parte de las que el empleador se vería afectado, sino únicamente, establecer en el parangón los intereses de ambos y desembocar en un equilibrio ajustado a derecho.

TÍTULO II: PERIODO DE PRUEBA

2.1. NOCIONES GENERALES DEL PERIODO DE PRUEBA

Encontrar en la esfera laboral, al trabajador indicado, el cual cuente con todo lo necesario para el puesto en oferta, no es tarea fácil. Ello, en razón a que aspectos tales como: identificación con los valores y cultura de la empresa:

lealtad, productividad o puntualidad, no siempre pueden ser detectados de la revisión de un curriculum vitae, evaluaciones o entrevistas de trabajo. (Ruiz, 2016, p. 192)

De esta manera, este interés de analizar, consideraciones relevantes de las partes antes de iniciar una relación laboral, no es exclusivo del empleador, ello puesto que el trabajador, durante el proceso de contratación, no cuenta con la información necesaria para conocer, si el decidir trabajar para determinada empresa es una buena decisión, ello, en mérito a que, más allá del tema puramente remunerativo, factores tales como: sentirse comprometido con los objetivos del empleador, encajar dentro de un grupo social determinado y evaluar si los beneficios ofrecidos son tan buenos como fueron explicados, puede tomar su tiempo y requerir haber iniciado ya la relación laboral. Ante estas circunstancias, el legislador ha creado una salida, para regular los intereses de ambas partes, dando lugar a nivel mundial, al periodo de prueba, que puede tomar distintas formas, tal como en el Perú, en el que tenemos un periodo de prueba legal general, que es posible extender en determinados supuestos y cumpliendo ciertos requisitos. (Ruiz, 2016, p. 193)

Ahora bien, para conceptualizar al periodo de prueba es menester precisar, que, la forma de regularlo puede variar entre las legislaciones de distintos países, empero la doctrina coincide en que este consiste en una franja temporal de evaluación de los factores (aptitud, actitud, capacidad de relacionarse con compañeros de trabajo, clima laboral, beneficios, retos profesionales, etc.) que determinan que el trabajador y el empleador decidan iniciar una relación laboral. (Ruiz, 2016, p. 192)

Así, de acuerdo con lo que señala Martín Velarde, en su artículo: “Evolución y Análisis de la regulación sobre el periodo de prueba en la legislación laboral peruana”, publicado en Soluciones Laborales, del año 2017, sostiene que:

“En contraste con otras relaciones jurídicas de muy corta duración, la de trabajo nace muchas veces para prolongarse durante un cierto tiempo. Es, por otra parte, una relación en la que las condiciones personales de los sujetos pueden llegar a tener una importancia fundamental para su continuidad y mejor desarrollo. De ahí surge la conveniencia de que trabajador y empleador prueben o ensayen en la práctica, si esa relación responde o no exactamente a sus expectativas, si satisface o no sus respectivos intereses, aunque lo cierto es que se trata de una bilateralidad “atenuada”, en la medida en la que puede satisfacer los intereses del empleador.

El momento de proceder a esa prueba es lógicamente, el inicial de la relación, realizada la prueba por los interesados, la relación se prolonga si les conviene o se extingue en caso contrario. Hay que señalar, sin embargo, que, aunque sometida a un régimen jurídico especial, la relación a nacido ya; no se trata, pues, de un estadio previo al vínculo obligacional sino propiamente de la relación laboral en una etapa o periodo inicial.” (Velarde, 2017, p.162)

En función a ello, si bien es cierto el periodo de prueba se constituye como una fase, en la cual, ambas partes de la relación laboral existente, esto es, empleador y trabajador, evalúan, si la decisión de vincularse ha sido la correcta, empero, indubitadamente, esta etapa resulta mucho más beneficiosa para el empleador, que para el contratado, ello, en razón a que el empleador tiene la facultad, mientras dure dicho plazo, de finalizar la relación laboral de manera unilateral sin brindar fundamentación alguna y sin que el trabajador – salvo excepciones – cuente con protección ante la terminación de la relación laboral

Ello es abordado por Cruz Villalón, quien, al definir el periodo de prueba señala que:

“El periodo de prueba constituye una fase inicial del contrato del trabajo, una vez comenzado éste, destinado a que el empresario pueda constatar en qué medida el trabajador seleccionado, reúne las condiciones profesionales, de todo tipo idóneas para el servicio y la utilidad patrimonial que se espera de él. La finalidad, pues, es la del conocimiento mutuo, del

trabajador y empresario, particularmente, se enfoca en que el empresario pueda comprobar las aptitudes del trabajador para integrarse en la empresa, y dar cumplida satisfacción a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo; y ello a la vista de que las condiciones reales y de rendimiento efectivo del trabajador, difícilmente se puede constatar previamente a la celebración del contrato, sea por medio de la realización de prueba teóricas o prácticas, sea a través de entrevistas personales.” (Cruz, 2014, p. 67)

Ahora bien, este objetivo justifica el efecto principal de la celebración del pacto: referida a la plena libertad empresarial de extinguir unilateralmente el contrato de trabajo mientras dure el periodo de prueba, fase en el que evidentemente, el empleador, arguyendo insatisfacción del servicio brindado por el trabajador, fácilmente podrá prescindir de su trabajo, sin brindar mayor justificación alguna, lo cual, si bien resaltan en sobremanera la protección de los interés del empleador, indubitablemente, se omiten y disminuyen los del trabajador, lo cual, acarrearía un menoscabo, de una variedad de derechos fundamentales del ser humano, entre ellos, el derecho al trabajo; práctica que como ya se habían mencionado en párrafo anteriores, es muy común en la realidad peruana. (Ruiz, 2016, p. 192)

Finalmente, respecto al periodo de prueba el Tribunal Constitucional ha señalado que se constituye como el lapso en el cual el empleador evalúa el desempeño del trabajador en un determinado puesto de trabajo; su duración – generalmente – es de tres meses, los que, superados, otorgan al trabajador protección contra el despido arbitrario. (Stc. Exp. 1057 – 2002 – AA/TTC) Al respecto, se señala también, que, durante la vigencia del periodo de prueba, no se requiere que el empleador siga el procedimiento de despido regulado por el Decreto Supremo N 003 – 97 – TR, ello, a causa, de que, en dicho lapso, el trabajador no goza aún de protección contra el despido arbitrario, lo que hace innecesario ajustarse al referido procedimiento. (Stc. Exp. 02982 – 2012 – AA/TC) Sin embargo, de la

revisión de la referida sentencia, así como la doctrina nacional, no se encuentra un fundamento constitucional suficiente que pueda justificar la adopción de tal medida, y del por qué, el empleador se encuentra exonerado de ajustarse al procedimiento de despido regular, si se considera que la relación laboral mantiene la vigencia de todos los derechos fundamentales de ambas partes – empleador y trabajador – desde el inicio de la relación laboral.

Es en razón a estas circunstancias, que el Tribunal Constitucional, ha empezado a brindar sus primeras luces que buscan limitar el ejercicio abusivo del derecho de los empleadores, señalando, que la ausencia de motivación durante el despido en el periodo de prueba menoscaba directamente el derecho al debido proceso del trabajador, así, respecto a la motivación del cese aplicable en el periodo de prueba – a la letra – precisa que:

“En este sentido, debe considerarse la existencia de un estándar mínimo relacionado con la motivación suficiente como manifestación del derecho fundamental al debido proceso, La dignidad inherente a toda persona humana (artículo 1 de la Constitución) requiere en el área laboral, que se le exponga el motivo por el cual la institución decide poner fin a la relación laboral, aún a pesar, como en este caso, la protección a la continuidad del trabajador haya sido de gradualidad tenue por mandato del artículo 10 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N 278”. (Stc Exp. 05012 – 2009 – PA- TC)

Postura, que respalda la premisa que inspiró la presente investigación, pues reconoce la necesidad de que el empleador justifique de manera idónea y demuestre eficazmente, la causa del despido de la trabajadora gestante durante el periodo de prueba; ya que la ley, a través del artículo 10 del Decreto Legislativo N 728 – Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en ningún extremo puede consentir el uso abusivo del derecho, al brindarle la posibilidad al empleador de despedir sin emitir causa alguna amparándose en la vigencia del periodo de prueba, lapso de tiempo, que como bien se ha mencionado, se

constituye como la parte inicial de la relación laboral, en la cual, los derechos fundamentales del o de la trabajadora se mantienen vigentes; pues craso error se cometería al creer que la relación laboral se inicia después de superado el periodo de prueba, razón por la cual, durante el referido periodo de prueba, los derechos que se extienden a lo largo de toda la relación laboral deberían ejercerse también en este lapso de tiempo de prueba; y con una protección reforzada a comparación de los demás miembros de la sociedad, al tratarse de una trabajadora gestante.

Así, observamos que no se pretende anular la figura del periodo de prueba, pues efectivamente, consideramos que es un medio por el cual, ambas partes de la relación laboral, pueden ejercer plenamente sus derechos fundamentales – libertad de empresa o al trabajo, según corresponda – sino simplemente, limitar la posibilidad abierta brindada al empleador para despedir sin emitir causa durante el periodo de prueba, siendo un riesgo latente para la vulneración de derechos fundamentales, sin embargo, este análisis se realizará a mayor profundidad en el párrafo correspondiente.

2.2. REGULACIÓN VIGENTE SOBRE EL PERIODO DE PRUEBA

2.1.1. NORMAS INTERNACIONALES QUE REGULAN EL PERIODO DE PRUEBA.

El Convenio N 158, de la OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo, y la Recomendación N 166, sobre la terminación de la relación de trabajo, los cuales, si bien no han sido ratificados por el Perú, resultan de suma relevancia, para tenerlos en consideración, como referencia acerca de la concepción que tienen de punto importantes del periodo de prueba. (Navarrete, 2017, p. 95)

Así, las mencionadas normas, consagran la posibilidad de excluir a todas o algunas de las disposiciones contempladas en sus cuerpos legales, referentes a la terminación de la relación laboral, así, preceptúan la posibilidad de prescindir de los servicios de un salariado, que efectúen un periodo de prueba o de lo contrario que no cuenten con el tiempo de experiencia laboral, requerido para el puesto, ello, siempre y cuando, previamente se hubiere establecido el plazo de duración del periodo de prueba y que éste sea razonable. (Navarrete, 2017, p. 95)

En tal sentido, las disposiciones de la OIT, son claras al señalar que, el periodo de prueba, constituye una excepción a las medidas de protección a la terminación del contrato de trabajo, lo que resulta de importancia, si tenemos en cuenta que tales disposiciones regulan aspectos tales como, los siguientes: i) despido por causa justificada; ii) procedimiento previo de despido y con ocasión de la terminación; iii) plazos de preaviso; iv) remedios a la terminación del contrato de trabajo, entre otros. (Navarrete, 2017, p. 95)

2.1.2. NORMAS NACIONALES QUE REGULAN EL PERIODO DE PRUEBA.

Actualmente, la regulación del periodo de prueba de acuerdo con el artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en la legislación laboral peruana es la siguiente:

	Regulación General	Regulación Específica
Ámbito de Aplicación	Todo trabajador que ingrese a laborar a la empresa.	Personal calificado o de confianza. Personal de dirección.
Plazo	Tres meses	Personal calificado o de confianza: 6 meses. Personal de dirección: 1 año.
Acumulación de periodos	Solamente en casos de suspensión del contrato de trabajo o reingreso del trabajador, hasta completar el periodo de prueba establecido por ley.	
Excepciones a la acumulación.	El periodo de prueba de un ex trabajador, que reingresa a la empresa aplica solamente si: <ol style="list-style-type: none">1. El reingreso se ha producido a un puesto notoria y cualitativamente distinto al ocupado previamente.2. Han transcurrido tres años de producido el cese.	

(Fuente: Navarrete, 2017, p. 98)

2.3. FINALIDAD DEL PERIODO DE PRUEBA

Tal como ya se ha mencionado, el periodo de prueba se encuentra regulado en el artículo 10 del Decreto Legislativo 728- Ley de Productividad y Competitividad Laboral, cuya duración es de tres meses, sujeta a una ampliación previo acuerdo de partes de seis a doce meses, según se trate de trabajadores calificados y de confianza o personal de dirección, respectivamente. Se determina que la ampliación referida, estará condicionada al hecho de que las labores a realizar por el trabajador impliquen una capacitación mayor o que el grado de responsabilidad del puesto de trabajo así lo requiera.

Respecto a la finalidad del periodo de prueba, el Doctor Nixón Castillo Montoya, en la Octava Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, citando a Luis Escudero Alonso precisa que no es otra cosa que posibilitar el conocimiento recíproco entre las partes del contrato, de manera que el empresario pueda valorar las aptitudes del trabajador y la conveniencia de mantener el vínculo contractual asumido; agregando que, la finalidad de la propia institución no es otra que la demostración de aptitudes por parte del trabajador y de conocimiento mutuo, entre los sujetos de la relación laboral.(Castillo, 2008, p. 181)

Por su parte, Alfredo Montoya Melgar señala que siendo el contrato laboral un negocio jurídico integrado por dos personas – empresario y trabajador –que pretenden el conocimiento empírico de las condiciones contractuales que habrán de regir en el futuro buscando la experimentación sobre el terreno de la relación de trabajo mediante la ejecución de las prestaciones respectivas de las partes; circunstancias que evidentemente se suscitan con mayor frecuencia en los contratos indefinidos, pues atendiendo a la naturaleza de permanencia de la empresa en el mercado, lo lógico es que su personal también esté orientado en tal dirección (Montoya, 2002) ; de ahí que De la Cueva haya señalado que la certeza del presente y del futuro dignifica al trabajador, porque aquel que sabe que su permanencia en la empresa ya no depende del capricho de otro, sino del cumplimiento de sus obligaciones, quien actuará en aplicación de su conciencia ética y con el interés de su familia. (De la Cueva, 1985)

Esto, porque efectivamente, cuando se hace referencia al periodo de prueba, se parte de la idea de que es una figura legal creada por y para el empleador, el cual, posee en su poder, determinar la continuidad o no de la relación laboral del

trabajador, situando en este último en una situación vulnerable y de desventaja, pese a que ello no debería ser así, pues del periodo de prueba habrían de hacer uso ambas partes, sin embargo es evidente, que en esta relación dispar, siempre es el empleador el que tiene mayor ventaja. Así, el fin del periodo de prueba, debe estar enfocado en analizar la conveniencia de continuar con la relación laboral de ambas partes, donde tanto empleador como trabajador evalúen los pros y contras, sin embargo, es evidente que la decisión final de continuar o no, únicamente reposa en las facultades del empleador.

He aquí, donde radica la importancia de que las labores asignadas durante el periodo de prueba sean completamente conexas a las que habrían de asignarse durante la superación de este lapso de tiempo; esto en aras de evitar posibles arbitrariedades que afecten los derechos fundamentales del que por naturaleza se encuentra en una condición de inferioridad, lo cual podría concretarse con la asignación de labores que no tiene relación con el objeto de contratación y peor aún si estas asignaciones variaron a causa de una situación conexas al sexo de la trabajadora, por ejemplo, conocer el estado de gestación.

En lo que a esta investigación importa, fue necesario precisar que las asignaciones en las labores en base a la facultad del empleador, si bien pueden variar en razón a los intereses del empresario, esto en ningún extremo puede encubrir acciones hostiles en contra de una trabajadora gestante, más aún, si estos cambios han sido repentinos e irrazonados, y alejados del motivo de la contratación, que conlleven a un rompimiento de vínculo laboral por una supuesta ineficacia del desarrollo de funciones, pues debe recordarse que, el contrato a prueba, tal como lo denomina Walter Kaskel y Hermann Dersch, tiene un carácter provisional, pero por otro lado, constituye una verdadera relación de

trabajo (Kastel y Dersch, 1961, p. 343) ; y por lo tanto, los derechos fundamentales del trabajador, así como por supuesto del empleador, se mantienen vigentes. Sin embargo, al tratarse de una trabajadora gestante, es evidente la obligación que tiene tanto el Estado como los privados de brindarles protección reforzada, a este sector vulnerable razón por la cual, debe prevenirse cualquier práctica de discriminación que, de manera directa o indirecta, pretenda anular sus posibilidades de mantenerse en un centro de trabajo solo a causa de su gravidez.

2.4. LIMITES AL PERIODO DE PRUEBA

2.4.1. EL DESPIDO EN EL PERIODO DE PRUEBA.

Entendiendo al despido como un acto unilateral y voluntario del empleador mediante el cual se prescinde de los servicios del trabajador concluyendo la relación de trabajo, se tiene entonces que dicha voluntad es el elemento preponderante y definitorio para la extinción de una relación laboral sin que sea necesario la concurrencia de una causa justa que motive dicha decisión.

Empero, se debe resaltar que tanto dentro del ordenamiento jurídico nacional como en el internacional de Derechos Humanos, el despido, es una institución causal, en cuanto únicamente se admite como facultad o poder del empleador en la medida que se configure una causa justa que habilite el ejercicio de la misma, pues corresponde a los Estados garantizar a los trabajadores la estabilidad en sus empleos o disponer las formas de reparación frente a la pérdida de los mismos, tal como lo establece el Convenio N 158 de la OIT, el cual si bien no se encuentra ratificada por nuestro país, si integra el marco de referencia de una Recomendación.

De este modo, se otorga vital importancia a la presencia de una causa justa en el momento de decidir prescindir de los servicios de un trabajador, en este mismo sentido Blanca Bustamante señala que:

“En relación con el despido considerado como poder excepcional del empleador, la causa justa viene, de este modo, a constituirse en el elemento legitimador del despido: en el supuesto habilitante del poder patronal para despedir. La existencia de la causa justa hace emerge el poder empresarial para el despido y convierte a éste en un acto legítimo. Por el contrario, la ausencia de una causa justa supone que el despido es un acto arbitrario. Por el contrario, la ausencia de una causa justa supone que el despido es un acto arbitrario, basado en un poder de hecho pero carente de legitimidad jurídica” (Blanca Bustamante, 2003)

Adicionalmente, se debe recordar que además del Convenio N° 158 de la OIT, dicha protección se encuentra prevista en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de derechos económicos, sociales y culturales de 1988; con lo cual se evidencia que en la esfera internacional se resalta imperativamente la existencia de una causa justa para que proceda el despido, ello en aras de coadyuvar en la protección del trabajador quien se constituye como la parte débil de la relación laboral, evitando así, el abuso que puede cometer el empleador al amparo del poder que ostenta frente a la subordinación de su contraparte en el contrato de trabajo.

Siendo así, y en este mismo razonamiento Gómez Valdez, respecto al papel que juega el empleador al inicio de la relación laboral, precisa que análogamente podemos compararlo con un juez supremo, pues es el único detentador de la decisión de reconducir el contrato de trabajo durante dicho periodo, en consecuencia, ese periodo se constituye como una etapa laboral de carácter incierto para el trabajador, estando eminentemente susceptible al abuso del derecho de la parte empleadora; por cuanto, en estas circunstancias de

ejecución se puede finiquitar el contrato sin que acarree mayor responsabilidad por aquella parte que toma la decisión, que en casi todas las oportunidades, es iniciativa del empleador. (Gómez, 2016, p. 25)

Ahora bien, la obligación de que exista causa justa para la validez de un despido, en el ordenamiento jurídico peruano, es exigible después de superado el periodo de prueba, momento a partir del cual, el trabajador adquiere protección contra el despido arbitrario, pues evidentemente, tal protección no existe durante el contrato de prueba, traduciéndose en el hecho de que el empleador puede extinguir una relación laboral sin invocar causa alguna, dejando de lado absolutamente todos los derechos del trabajador generándole un estado de indefensión ante el poder del patrono, el cual, evidentemente, puede ser ejercido de manera arbitraria y desmedida, conllevando a un ser social común y corriente, a la pérdida de su fuente de ingresos y otros daños conexos, (Castillo, 2008, p. 184) sin embargo, cuando de una mujer gestante se trate, el daño se extralimita inclusive a la esfera referida a la integridad del concebido, pues la fuente de alimentación, cuidados, vivienda y demás necesidades básicas, se verán afectadas, causando menoscabos en su desarrollo dentro del vientre, causado por la falta de ingresos económicos para la compra de vitaminas e inclusive por la aflicción y estrés que una pérdida de trabajo, implica; razón por la cual, es evidente que resulta ineficaz el artículo 22 de la Constitución, por el cual se señala que el trabajo es un derecho, base del bienestar social y un medio de realización de la persona;.

En consecuencia, podemos observar que uno de los límites del empleador durante el periodo de prueba, es la vigencia de los derechos fundamentales del trabajador, los cuales habrán de cautelarse y respetarse tanto por el Estado

como por los privados – empleador – siendo entonces, que éste no puede aprovecharse de las libertades otorgadas por el artículo 10 del Decreto Legislativo N 728, y arbitrariamente menoscabar los derechos de sus empleados a costas del referido precepto normativo. Esto fundamentado también, en los mandatos de talla internacional, que ordenan la justificación de toda clase de despido, los cuales no diferencian entre un despido suscitado durante el periodo de prueba o una vez superado éste; lo cual torna aún más exigible al empleador, emitir causa justa ante el despido que desee concretar, en aras de cautelar el derecho al trabajo, a la dignidad y todas las garantías que contiene el debido proceso.

2.4.2. REFERENTE OBJETIVO QUE LIMITE EL PODER DISCRECIONAL DEL EMPLEADOR.

Resaltando que el trabajador únicamente goza de protección contra el despido arbitrario transcurrido el periodo de prueba, se tiene que el empleador no cuenta algún parámetro o control que lo obligue a comportarse y a definir de buena fe las condiciones propias de dicho periodo, pues inclusive, tampoco se encuentra obligado a justificar la extinción de la relación laboral durante este periodo; lo cual evidencia que durante este lapso de tiempo la vigencia tuitiva del Derecho Laboral se pierde respecto al a trabajador; pues sus alcances resultan indiferentes al periodo de prueba, lo cual enerva la estabilidad e inclusive la dignidad del asalariado, a causa del poder discrecional con el que cuenta el empleador. (Castillo, 2008, p. 185)

Sin embargo, aunque esto en la realidad suceda con mayor frecuencia de la deseada, el empleador bajo ninguna circunstancia debería despedir a su trabajador durante el periodo de prueba por razones antojadizas y abusivas,

puesto que de demostrarse ello, la causa extintiva de la relación se fundaría en el menoscabo de un derecho constitucional; ocasionando que nos encontremos ante un despido propiamente y no ante una resolución permitida al empleador en el periodo de prueba como se pretende aparentar.

Así, en palabras del Doctor Nixon Castillo, respecto al despido en el periodo de prueba señala que:

“El hecho de que durante el periodo de prueba pueda extinguirse el contrato de trabajo sin invocar más causa que su no superación, no debe constituir entonces una absoluta facultad para el empleador; por cuanto se ha señalado que las normas contemplan el Periodo de Prueba no pueden entenderse como consagradoras de una indemnidad a favor del empleador, ni como favorecedoras de prácticas discriminatorias que afecten derechos fundamentales del trabajador. De allí que Gómez Valdez haya indicado que: “sorprende que el legislador no haya previsto el abuso de derecho resolutorio durante el periodo de prueba o para utilizar sus propios términos, la adecuada protección contra el despido arbitrario, en esta etapa inicial del trabajo.” (Castillo, 2008, p. 184)

Ahora bien, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral en su artículo 10 reconoce el periodo de prueba constituyéndolo únicamente, como un lapso de tiempo obligatorio de tres meses, ampliable únicamente previo acuerdo entre partes lo cual no es propio de todos los países; por ejemplo en España existe un mecanismo pertinente de resaltar a esta altura de la investigación. En el Estatuto de Trabajadores de España, el mecanismo por el cual las partes integrantes de la relación laboral conocen acerca de las condiciones que los rodearan durante la vigencia del contrato, es distinta, pues el periodo de prueba es una figura primigeniamente establecida entre los actores sociales, vía Convenio Colectivo; y, en caso de ausencia de este mecanismo, recién tiene efecto la ley. Es decir en la normativa española la autonomía colectiva accede al plano del Derecho laboral como alternativa a la regulación heterónoma de las condiciones de trabajo. (Moreno, 2007)

A su vez, dicho ordenamiento para la celebración de tal institución, exige que se realice por escrito, bajo apercibimiento de nulidad, debiendo contener las condiciones que habrán de respetar las partes contratantes con el objetivo de cumplir con los requisitos de las pruebas a las que se someterá al trabajador. Es decir, se cuenta con un factor de objetivación en el contrato para tal periodo, por cuanto es la propia norma Estatuto de Trabajadores de España, en su artículo 14, segundo párrafo el que establece que: “El empresario y el trabajador están, respectivamente obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba”; pues lo contrario, es decir un periodo de prueba sin un referente objetivo, implicaría imponer e incluso legitimar el abuso laboral por parte del empleador. (Moreno, 2007)

De este modo, resalta la importancia de que en los contratos se precisen claramente los factores objetivos que el trabajador deberá de cumplir, los cuales efectuados satisfactoriamente, le garantizaran la permanencia en el centro de trabajo, y de este modo, en el caso en que resulte necesario puedan también ser objeto de revisión judicial; de esta manera, se establece un límite a la potestad del empleador en el periodo de prueba, con el fin de garantizar los derechos fundamentales del trabajador pues podrían verse seriamente afectados, tal como el derecho al trabajo, pues recordemos que la Carta Magna peruana, en su artículo 23 señala que: “...Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador...”; (Castillo, 2008, p. 185) sin precisar el ámbito temporal de aplicación, por lo que debemos entender que hace referencia desde el momento del inicio de la relación laboral, y no exclusivamente a cuando se haya superado el periodo de la prueba, por cuanto en dicho periodo surte todos los efectos el

contrato laboral, el cual constituye un contrato normado, como lo ha denominado la doctrina, donde le resultan aplicables las normas heterónomas, sin que las partes tengan que hacer declaración expresa al respecto, pues como indica Neves Mujica, la autonomía privada individual puede, por consiguiente constituir el vehículo entre las partes, pero la regulación está limitada desde afuera por la ley. Esta se ocupa, pues no sólo del acceso y la ejecución del contrato, sino además de su contenido, y lo hace de modo relativamente imperativo. (Moreno, 2007)

De esta manera, el estado peruano, en un intento por perseguir la objetividad que reviste el periodo de prueba en Estados internacionales, como el español, donde el modelo vigente promueve un respeto equitativo de los derechos fundamentales de las partes integrantes de una relación laboral, es que se debería instaurar un referente objetivo que demuestre que las motivaciones que justifican el despido durante el periodo de prueba, responden a la realidad, además que su vigencia y exigibilidad se encuentre sometido al cumplimiento de ciertos parámetros, tales como: el previo acuerdo inter partes donde se precisarán las condiciones en el que el periodo de prueba de desarrollará, las que necesariamente habrán de ajustarse a las condiciones permanentes de trabajo que habrían de desempeñarse después de haberlo superado, a fin de determinar la conveniencia o no de concretizar la contratación o por el contrario permitir que se exija al empleador que pruebe la causal por la cual decide prescindir de los servicios de la trabajadora.

Este mecanismo de establecer un referente objetivo, coadyuvará a limitar en algún modo las facultades que posee el empleador al amparo del artículo 10 de la LPCL, que evidentemente pueden conducir a la comisión de una serie de

abusos y arbitrariedades al amparo de la propia ley, es por ello, que en aras de compensar la relación dispar que caracteriza la relación laboral, y recurriendo a la eficacia y vigencia de los derechos fundamentales aunado a la tuitividad del derecho laboral, se puede brindar una arma de defensa al trabajador, frente a posibles abusos, brindándoles el derecho de poder exigir no solo razones que justifiquen su despido durante el periodo de prueba sino también la exigencia de una prueba que lo demuestren, así como argumentos objetivos que generaron la desaprobación de sus funciones por parte del patrono.

TITULO III: DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA

3.1. DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA Y EL PODER DE DIRECCIÓN

El supremo intérprete de la Constitución, respecto a la libertad de empresa, ha señalado que se erige como derecho fundamental que garantiza a todas las personas a participar en la vida económica de la Nación, y que el poder público no sólo debe respetar, sino que además debe orientar, estimular y promover, conforme lo señalan los artículos 58 y 59 de la Constitución (Stc. Exp. N 01405 – 2010 – AA/TC). En el mismo sentido, considera que la libertad de empresa se manifiesta como el derecho de las personas a elegir libremente la actividad ocupacional o profesional que desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual. Ello es así, por una parte, en la medida en que la Constitución, en su artículo 59, reconoce que el Estado garantiza la libertad de empresa, comercio e industria. Asimismo, agrega en el fundamento 12 de la referida sentencia que según está dispuesta, ésta también se encuentra en relación directa con la función social que debe cumplir, para hacer realidad el fin último de la Constitución: la consecuencia del bienestar

general, siendo éste el fin al cual debe atenerse la libertad empresarial. (Exp. Stc. N 3330 – 2004 – AA/TC)

Así, podemos comprender que el derecho a la libertad de empresa, está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa), y por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado. (Stc. Exp. N 01405 – 2010 – AA/TC)

Es en este sentido, compartiendo la postura de Valdez Dal – Ré, concretamos que el derecho constitucional a la libertad de empresa, otorga la oportunidad – en el ámbito laboral- de la existencia del poder de dirección, el cual, en su sentido más genérico, se constituye como el conjunto de facultades del empleador, puesto que la libertad de empresa se proyecta en el contrato de trabajo a través de las facultades y poderes que los ordenamientos reconocen al empresario. (citado por Castillo, 2008, p. 187)

Tal como se mencionó en los párrafos precedentes, la libertad de organización del empresario reconocida por el Tribunal Constitucional incluye la contratación de personal, la política del personal y, en general, todo acto referente a la administración de las relaciones laborales, pues como bien se conoce, el poder de dirección se constituye como el aspecto activo de la relación laboral en el contrato de trabajo, al ser él, quien tiene en su esfera de acción las facultades de concretizar y definir las relaciones laborales y con ellas de todo el Derecho del Trabajo. (Castillo, 2008, p. 188)

3.1.1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR COMO LÍMITE AL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA DEL EMPLEADOR.

Ahora bien, cierto es, que el poder de dirección y todas las facultades que éste le irroga al empleador, encuentran su justificación en un derecho fundamental reconocido en el artículo 59 de nuestra Carta Magna, empero, ello en ningún extremo puede implicar, que las facultades empresariales son omnímodas en relación con la posición subordinada del trabajador, puesto que tal como se mencionó, entre los límites que se le imponen, en primer lugar se encuentran los derechos fundamentales que el ordenamiento jurídico reconoce al trabajador como tal y como persona; así, en la misma línea de razonamiento, el doctor Castillo Montoya siguiendo a Blancas Bustamante, sostiene que:

“no bastará la simple alegación de la existencia de un interés empresarial para descartar el ejercicio del derecho fundamental: es necesario, como la ha precisado el Tribunal Constitucional español, que las limitaciones que le queda imponer la empresa estén (...) especialmente calificadas por razones de necesidad estricta, que han de ser acreditadas por quien las alega. Es decir, que el poder que puede ejercer el empleador, como consecuencia de ser titular de la unidad productiva, encuentra una barrera o límite en el respeto de los derechos que como trabajador le corresponden a su contraparte en la relación laboral, así como aquellos que ejerce dicho trabajador en su condición de ciudadano, los cuales no pueden verse limitados a raíz de la relación subordinada en la que se encuentra.” (Castillo, 2008, p. 188)

Esto, encuentra además justificación en lo argüido acertadamente por el Tribunal Constitucional, el cual, respecto a los derechos fundamentales ha manifestado que su sola invocación, importan más que abstenciones o el respeto de su autonomía individual garantizado en su condición de derechos subjetivos, sino que además, se constituyen como puros mandatos de actuación y deber de protección especial de los poderes públicos, los que además se irradian a las

relaciones entre particulares como verdaderos límites a la autonomía privada, razón por la cual, el Estado en todas sus instancias, habrá de intervenir en aquellas circunstancias, independientemente de donde provenga la lesión, ya sea de una persona natural o jurídica, que pretenda conculcarlos, en razón, a la ya mencionada, eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares y a la naturaleza *erga omnes* de la misma Constitución, cuerpo normativo, el cual, apropiadamente, en su artículo 44, garantiza la plena vigencia de los derechos humanos. (Castillo, 2008, p. 190)

Finalmente, si bien es cierto, el poder de dirección ejercido por el empleador es una manifestación del derecho fundamental a la libertad de empresa, el cual puede constituirse mediante la decisión unilateral de cesar la relación laboral con determinado trabajador, al respecto el Tribunal Constitucional arduamente ha señalado que si bien aquel, dispone de potestades empresariales de dirección y organización, constituyéndose además, como propiedad privada del empleador, aquellas deben ejercerse con irrestricto respeto de los derechos constitucionales del trabajador; siendo lógico, pues en ninguna instancia, puede permitirse que el ejercicio de un derecho fundamental, vacíe de contenido los derechos del trabajador, ya que la actuación del patrono, siempre habrá de estar enmarcada dentro de los márgenes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad. (Stc. Exp. N 3765 – 2004 – AA/TC)

En este sentido, cuando el empleador haga uso de su derecho para poder despedir a un trabajador, el cual deriva de su libertad de empresa, habrá de hacerlo, teniendo una motivación clara para ejecutarlo, pues la presencia de la motivación constituirá al despido, como un despido legítimo, legal, justificado o disciplinado. Es preciso aclarar, que este ejercicio del derecho a la libertad de

empresa propiamente es reconocido por el Tribunal Constitucional como el derecho a no despedir. (Stc. Exp. N 3765 – 2004 – AA/TC)

En esencia, el límite al ejercicio del derecho a libertad de empresa, concluimos que son los derechos fundamentales del trabajador, pues, cuando de un despido se trate, esta limitante habrá de concretizarse a través de la irrestricta prohibición que tiene el empleador, de despedir porque sí, puesto que nuestro legislador, exige un sustento, pero no cualquier sustento, pues las motivaciones humanas irracionales, irrazonables y desproporcionales; deben encontrarse alejadas de las decisiones jurídicas e inclusive de las decisiones que el empleador, hubiere de brindar dentro de la esfera empresarial. (Quiñones, 2014, p. 121), las que no deberían de restringirse a la superación del periodo de prueba, sino que habrían de ser exigibles – las motivaciones del despido – desde el inicio de la relación laboral, en atención a la vigencia de los derechos fundamentales dentro de ésta.

TITULO IV: TEST DE PONDERACIÓN

4.1. LOS CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES

En la época del constitucionalismo temprano, donde el Parlamento era el sucesor de la soberanía representada por el poder absoluto, el juez era considerado únicamente, como aquella boca que pronunciaba las palabras de la ley; limitándose únicamente a subsumir los hechos en los dispositivos normativos, sin dejar margen alguno, para que el magistrado realice alguna interpretación creativa. (Sar, 2010, p. 319)

Este contexto, si bien pareciera ser una garantía para el justiciable, la verdad, es que su naturaleza responde a un mecanismo de control a la actuación de los magistrados, de modo que pudiera garantizarse que respetarían el mandato

imperativo de la ley, sin que ocasionen el más mínimo alejamiento de lo expresado en la norma.

Es gracias a esto, que nuestra Carta Magna perteneciente a un Estado Social de Derecho, reconoce en el numeral 5) del artículo 139, el derecho al debido proceso, el cual, dentro de las garantías que su esencia encarna, se reconoce a la debida motivación judicial, respecto al cual, el Tribunal Constitucional, ha precisado en reiterada jurisprudencia, que:

“En ese sentido, la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículos 45 y 138 de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa” (Exp. N 04729-2007-HC, fundamento 2)”. (Exp. Stc. N 0896 – 2009 – PHC/TC.)

En concreto, queda establecido las diferentes vertientes en las que se desarrolla el derecho a la debida motivación judicial, resaltando que ésta debe ser clara, suficiente y coherente. Sin embargo es necesario precisar, que abordamos este tema desde este punto de vista, en razón a que el presente trabajo de investigación se parte de la postura que sostiene la posibilidad de que existan conflictos entre derechos fundamentales, siendo en estos casos, en los que el magistrado, habrá de establecer una relación de precedencia entre los dos principios relevantes contrapuestos, condicionada a las circunstancias del caso en concreto y que lógicamente, la referida decisión de precedencia, se encuentre sustentada en una explicación razonable, proporcionable y clara.

Esto, es un punto importante a resaltar, puesto que en doctrina, se conoce que existen diversas posturas las cuales consideran que los conflictos entre derechos fundamentales, no son una posibilidad, ya que si la naturaleza humana es una

unidad y los derechos se predicen respecto del hombre, en la medida en que son la traducción jurídica de una serie de exigencias de su naturaleza y consecuente dignidad humana, entonces no hay modo que tales derechos – si en verdad son derechos del hombre – lleguen a ser contradictorios entre sí, o por el contrario supongan contenidos incompatibles entre sí. (Castillo, 2007, p.335)

Sin embargo, hecha la precisión, a efectos de la presente investigación reafirmamos nuestra postura por la posibilidad de que puedan existir conflictos entre derechos fundamentales, precisamos, que ante estas situaciones habrá de prevalecer el núcleo duro de los derechos en contradicción, ya que, un derecho fundamental, no podrá ser suprimido sin que la dignidad del ser humano se vea afectado, empero, esto tampoco implica que el contenido no esencial de dicho derecho, no pueda ser parcialmente afectado para garantizar la efectiva vigencia del otro derecho en disputa, que por razones fácticas y necesarias, deba prevalecer. (Sar, 2010, p. 321)

Esto, tiene relación con lo señalado en el primer título de la presente investigación, en el cual, se reconoce a los derechos fundamentales como mandatos de optimización que deben ser cumplidos por el Estado en mayor o menor medida, dependiendo de las circunstancias; lo que no sucede con las reglas, las que, como mandatos definitivos, pueden cumplirse o incumplirse, ambas posibilidades de manera absoluta.

Ahora bien, cuando de “conflictos entre derechos fundamentales” hablábamos, hacíamos referencia a aquellas circunstancias en las que dos titulares de derechos fundamentales poseen intereses contrapuestos, ambos en posiciones garantizadas por mandato constitucional; clásicamente esto se ejemplifica con

los conflictos surgidos entre el derecho al honor y la libertad de empresa o entre el derecho a la libertad de tránsito y la seguridad ciudadana, etcétera.

Al respecto, compartiendo aún la teoría de Robert Alexy, es trascendente destacar que entre los principios de un sistema, no existen relaciones absolutas de precedencia, sino, relaciones de precedencia condicionada; esto, porque tal como afirma, no pueden determinarse en un Estado de Derecho, un ranking estático de derechos fundamentales, que permita determinar en toda circunstancia, cual derecho debe priorizarse frente a otro, puesto que esto dependerá de las circunstancias y matices de cada caso en concreto; siendo más claros, esto implica que mientras en una determinada circunstancia el derecho A prima sobre el derecho B, en otras, A podrá verse desplazado frente B, todo en base a las condiciones del caso; desarrollado en base a un procedimiento racional y controlable. (Sar, 2010, p. 322)

Es justamente en base a la posibilidad de que exista un conflicto entre derechos fundamentales, es que, en el subtítulo, que a continuación se presenta, se desarrolla el esquema que deben seguir los magistrados para solucionarlo y brindar la motivación necesaria, en cada caso en concreto.

4.2. EL TEST DE PONDERACIÓN COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES.

Toda intervención de un derecho fundamental, por más mínimo que sea, aunque se trate del sacrificio de un algún contenido no esencial de un derecho, en el extremo de que no afecta el núcleo duro de dicho derecho, debe encontrarse justificado y resultar proporcional a la necesidad de preservar o priorizar la vigencia de un bien superior – derecho fundamental – en el marco de un caso en concreto. (Sar, 2010, p. 319)

La doctrina, ha sido clara al señalar, que el principio de proporcionalidad encarna una idea elemental de justicia material, que consiste en la absoluta proscripción de todo sacrificio inútil de un derecho fundamental. Así, para nuestro Tribunal Constitucional, se define como un principio general del Derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del Derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, este se halla consagrado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. Así, el Tribunal encuentra que el fundamento de este principio proviene de la consideración de que se trata de un principio que se deriva de la cláusula del Estado de Derecho que, a decir del Tribunal, implica concretas exigencias de justicia material que se proyectan a la actuación no solo del legislador, sino de todos los poderes públicos. (Exp. Stc. 010 – 2002 – AI/TC, fundamento 15)

Ahora bien, la aplicación de este principio también conocido como juicio de ponderación, supone el cumplimiento de una serie de pasos o subprincipios, que se estructuran de la siguiente forma: (Sar, 2010, p. 320)

- A.** Finalidad constitucionalmente legítima.
- B.** Idoneidad.
- C.** Necesidad.
- D.** Ponderación.
 - a.** Definir el grado de no satisfacción o afectación de uno de los derechos.
 - b.** Importancia del derecho que juega en sentido contrario.
 - c.** Definir en concreto si se justifica la intervención.
 - c.1.** Peso abstracto.
 - c.2.** Seguridad de la apreciación.

Siendo ello así, desarrollaremos a continuación cada uno de estos subprincipios, para posteriormente, en el capítulo correspondiente, aplicarlo al caso que inspiró la presente investigación.

4.2.1. FINALIDAD CONSTITUCIONALMENTE LEGITIMA

El destacado profesor, Omar Sar, respecto a este subprincipio, señala que se constituye como un paso previo e indispensable a cumplir, antes de iniciar con el juicio de ponderación, el cual, pretende determinar la existencia de una finalidad constitucionalmente legítima, que, soporte la pretensión de la parte que esgrime un principio conflictivo con otro u otros. (Sar, 2010, p. 321)

Es decir, debe existir una razón respaldada constitucionalmente que justifique la intromisión de un derecho fundamental, siendo entonces que, de no existir tal finalidad legítima, desde la perspectiva constitucional, entonces no existirá nada que ponderar, pues el sacrificio de algún aspecto no esencial o inclusive esencial de un principio – derecho, debe perseguir una finalidad constitucionalmente valiosa.

4.2.2. IDONEIDAD

Para superar el subprincipio de idoneidad, es necesario determinar, si la medida fáctica a ejecutar resulta eficaz para garantizar la finalidad constitucionalmente legítima señalada y de este modo, se pueda concluir de manera razonable, que la ejecución de dicha medida efectivamente garantizará o traerá ventajas para la vigencia del derecho fundamental cuya tutela se persigue. (Sar, 2010, p. 322)

Es decir, si la ejecución de determinada medida no traerá un beneficio real para el derecho que se pretende cautelar, y dado que afecta alguna esfera de otro

derecho fundamental de talla constitucional, entonces, corresponderá excluir la legitimidad de la intervención del referido derecho, por ser inidónea.

4.2.3. NECESIDAD

Ahora bien, no basta con que se haya demostrado que la medida a ejecutar persigue una finalidad constitucionalmente legítima y la idoneidad de la misma, sino que además, se debe demostrar, que no existen otras medidas menos invasivas. En consecuencia, tal como afirmara Robert Alexy, en su libro Teoría de los derechos fundamentales, si la satisfacción de un bien constitucional puede alcanzarse a través de una pluralidad de medidas o actuaciones, resulta exigible escoger aquella que menos perjuicio cause desde la óptica del otro derecho en pugna. (Sar, 2010, p. 322)

Es decir, que el juez en base al imperio que lo caracteriza deberá identificar, si la finalidad legítima que persigue la medida no puede alcanzarse por un camino diferente, que no implique limitar el ejercicio de algún derecho fundamental, puesto que, de ser así, habrá de ahorrarse menoscabar un derecho fundamental para satisfacer una medida que puede ser obtenida mediante una forma distinta y regulada por la normativa.

4.2.4. PONDERACIÓN

Al arribar a este punto habiendo superado los subprincipios anteriores, corresponde determinar si el beneficio que obtiene el derecho de una de las partes compensa el sacrificio que supone en los derechos de la otra. Así, a esta problemática Robert Alexy la denomina “Ley de la Ponderación” y que se formula de la siguiente manera: cuando mayor sea el grado de no satisfacción o

restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro. (Sar, 2010, p. 322)

Sin embargo, como podemos observar, esta premisa, no aborda de manera exacta y clara, la justificación que un magistrado habrá de señalar ante la adopción de una medida u otra, razón por la cual, es necesario recurrir al ejercicio racional de ponderación, el cual requiere cuantificar las variables, y para hacer ello, es necesario tomar en cuenta los componentes de la ley, creada por Alexy y culminar aplicando, lo que en doctrina se describe como la fórmula del peso. A continuación, desarrollamos cada uno de los componentes referidos:

4.2.4.1. Definir el grado de no satisfacción o afectación de uno de los derechos.

Para poder finalizar con la aplicación de la fórmula del peso, es necesario en primer lugar, precisar en qué medida se ve afectado o en qué grado se encuentra no satisfecho el derecho limitado, a efecto de esto, la doctrina ha propuesto recurrir a una valorización, donde una limitación grave es equivalente a 4, la limitación moderada igual a 2 y la limitación leve con valor de 1. (Sar, 2010, p. 323). Sintetizándose de la siguiente manera:

Grave : 4

Moderado : 2

Leve : 1

4.2.4.2. Importancia de la satisfacción del derecho que juega en sentido contrario.

En un ejercicio idéntico al desarrollado en el punto anterior, se determinará el grado de importancia de satisfacción que obtendrá el derecho cautelado, en una escala valorativa donde el beneficio leve será equivalente a 1, cuando el beneficio resulte moderado será 2 y en el caso en que el beneficio sea considerado como grave (importante) podrá calificarse como 4. (Sar, 2010, p. 324). Resultando entonces, del siguiente modo:

Leve : 1

Moderado : 2

Grave : 4

4.2.4.3. Definir en concreto si se justifica la intervención.

Para poder determinar la justificación de la intervención de los derechos fundamentales en conflicto, es necesario recurrir a dos subpuntos finales, estos son: el peso abstracto y seguridad de la apreciación.

A. Peso abstracto.

La importancia de los principios en colisión debe matizarse con una apreciación sobre el peso abstracto de cada uno de estos derechos; así, tal como se señaló al inicio del presente título, no existe un ranking de derechos fundamentales estáticos, donde pueda determinarse que derecho es superior a otro, pues esto dependerá de las realidades fácticas de cada caso en concreto; así lo que hoy justifica la intervención de un derecho, en otro puede resultar desproporcionado en un contexto diferente. (Sar, 2010, p. 324)

En estas circunstancias, también podría establecerse una escala integrada por tres grados: intenso, medio y leve, donde los valores que le corresponden son de: 4, 2, y 1, respectivamente. (Sar, 2010, p. 324) A modo de ejemplo, podríamos señalar que, en un conflicto surgido entre el derecho a la vida y la libertad de culto, el primero lógicamente habrá de tener un peso de 4 mientras que el segundo un peso medio, valorado en 2, en base a las circunstancias concretas donde la negativa a realizar una transfusión de sangre por su religión pondría en riesgo el derecho a la vida de un menor.

B. Seguridad de la apreciación.

Finalmente, cuanto mayor sea el nivel de afectación en el derecho cuyo contenido no esencial se limita, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención. En consecuencia, como se ha graduado la intensidad de la intervención, es necesario que se matice también la certeza de las percepciones empíricas y, para tal fin, pueden utilizarse categorías como: seguro, plausible o no evidentemente falso, correspondiendo 1; 0.5 y 0,25. (Sar, 2010, p. 324) Siendo entonces:

Seguro: 1

Plausible: 0.5

No evidentemente falso: 0.25

Es decir, en el caso anteriormente señalado, resultará seguro que la transfusión de sangre contradecirá el dogma de la fe que impide que dicho acto se realice, por lo que puede ser valorado en 1 como seguro; sin embargo, si se tiene claro que dicha transfusión es el único medio por el cual

se puede salvar la vida del menor, entonces éste también tendrá el valor de 1, resultando iguales en esta valoración.

En esencia, podemos afirmar que, si la intervención de un derecho no puede ser juzgada como desproporcionada, entonces ésta debe ser valorada, por lo que la transfusión habría de proceder en relación con el derecho a la libertad de culto en comparación de salvarle la vida a un menor.

Hasta este punto, hemos culminado con los pasos a seguir para realizar el juicio de ponderación, la cual, no puede considerarse como una forma de conciliación, pues no consiste en poner de acuerdo a los principios en juego, sino que un determinado contenido no esencial de un derecho pueda verse limitado, únicamente cuando se trate de garantizar la subsistencia de otro, que en determinadas circunstancias resultará más importante; tal como podrá observarse en el capítulo de contrastación donde se ejecutó el presente test. (Sar, 2010, p. 325)

CAPITULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Tal como se precisó en el capítulo inicial de la presente tesis, ésta tiene como finalidad, determinar los criterios jurídicos que determinan la prevalencia del derecho al trabajo de la trabajadora gestante frente a la libertad de organización de empresa en el periodo de prueba, para lo cual, teniendo en consideración que se trata de una investigación de tipo causal – explicativa y propositiva de acuerdo al diseño de investigación planteado, es necesario recurrir a métodos tales como el inductivo y el analítico, que nos permiten realizar un estudio doctrinal y jurisprudencial de los derechos fundamentales del trabajo y la libertad de empresa, que como parte integrante de las variables, han sido de suma relevancia para arribar al fin que a continuación se desarrolla y para lo que, valga recalcar, ha sido indispensable, analizar aspectos puntuales tales como: la protección reforzada – por mandato constitucional - con la que cuenta toda mujer gestante y su implicancia en la relación laboral durante el periodo de prueba; así como determinar la finalidad y la razón subyacente de dicho periodo, todo desde la óptica del derecho del acceso al trabajo como base del bienestar social y medio de realización de la persona.

Sin embargo, pese a que con el exhaustivo estudio doctrinal realizado sobre las materias señaladas, ya contábamos con la respuesta clara y precisa a la interrogante planteada en la investigación, en la que salta a la vista la confrontación existente entre dos derechos fundamentales, es justamente por esta causa, que resultó sumamente necesario aplicar el denominado Test de Ponderación – el cual fue estudiado en el título IV del capítulo precedente – y

que nos sirvió como sustento avalada por el propio Tribunal Constitucional, para solucionar este tipo de conflictos y que en esencia, coadyuvan en respaldar las respuestas que se trataron al final de este capítulo.

3.1. APLICACIÓN DEL TEST DE PONDERACIÓN.

El Test de Ponderación, en los términos que Robert Alexy plantea, se encuentra integrado por una serie de pasos o subprincipios los cuales son aplicados únicamente en casos concretos, por lo que, a efectos de esta investigación habremos de partir del supuesto en el que una mujer gestante es despedida en el periodo de prueba sin que el empleador ofrezca causa objetiva alguna que justifique el cese, más allá de la potestad que le otorga el artículo 10 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que consagra el periodo de prueba; todo esto suscitado después de que la empleada, hubiere comunicado documentalmente su estado de gravidez.

En este supuesto, los derechos fundamentales en conflicto son el derecho al trabajo y el derecho a la libertad de empresa, donde este último sería intervenida por la medida que pretende establecer al empleador la obligación de cumplir con señalar y probar una causa justa, real y objetiva que justifique el despido de una trabajadora gestante durante el periodo de prueba.

A. Finalidad constitucionalmente legítima.

La cuestión analizada en este punto, consistió en determinar si la intervención de una esfera no esencial del principio – derecho a la libertad de empresa responde a una finalidad amparada constitucionalmente. Como se ha dicho en los párrafos precedentes, si la respuesta es negativa, no existe razón para ejecutar el test de ponderación, pues en un Estado de Derecho,

la intervención a un derecho fundamental sin que exista finalidad constitucional deviene en una medida arbitraria.

En el caso en concreto, intervenir el derecho a la libertad de empresa en una de sus esferas no esenciales, responde a una finalidad constitucionalmente legítima la cual es optimizar el principio – derecho al trabajo en su manifestación de la estabilidad laboral, constituido como base del bienestar social y realización de la persona, la cual, en el caso en concreto, se trata de una persona especialmente protegida por mandato constitucional – madre trabajadora-.

Explicamos, el derecho a la libertad de empresa, en su esfera no esencial, referida a la libertad de organización de empresa, se manifiesta a través de la facultad que tiene el empleador de poder distribuir la contratación de personal y organización de este, dentro de su empresa. Sin embargo, como ya hemos mencionado, dentro de esta esfera de desarrollo, el empresario goza de una facultad otorgada por el artículo 10 del Decreto Legislativo N 728 – Ley de Productividad y Competitividad Laboral, por el cual, puede prescindir de los servicios de un trabajador durante el periodo de prueba, sin que medie explicación o procedimiento alguno, que otorgue al afectado, oportunidad de defenderse de tal agravio- en el caso en el que sea una medida arbitraria e injusta-. Por esto, la medida que se pretende exigir al empleador es que brinde y pruebe fehacientemente que la causa del despido dentro del periodo de prueba, responde a una realidad que ciertamente le afecta en sus intereses y no en meros caprichos o cuestiones discriminatorias, como sucedería en el caso del despido de una trabajadora gestante que es

despedida por su estado de gravidez y que muy por el contrario a ser víctima de discriminación, goza de protección reforzada por mandato constitucional.

Esto permitirá de manera irrefutable que, la madre trabajadora, pueda defenderse frente a cualquier acusación planteada en su contra y que motiven su despido; permitiéndole, además, la posibilidad de descartar que está siendo víctima de discriminación y de un despido injusto; todo esto, posibilitando la optimización de su principio – derecho al trabajo, lo cual constituye como un fin constitucionalmente legítimo.

Lo mencionado no acarreará *per se* la superación del test de ponderación, empero nos permite continuar con el análisis de los siguientes subprincipios.

B. Idoneidad.

Para este punto, corresponde determinar si establecer la obligación al empleador de precisar y probar una causa justa, objetiva y real de despido durante la vigencia del periodo de prueba lograría optimizar el derecho al trabajo de la trabajadora gestante.

Como bien se ha detalló en el título 1.2 de la investigación, el derecho al trabajo como derecho fundamental, es un mandato de optimización, que el Estado deberá garantizar en la mayor medida posible, respondiendo a sus posibilidades fácticas y jurídicas. Así pues, este derecho considerado fundamental, sostiene su fundamentalidad, en la estrecha vinculación que posee con la dignidad humana y el desarrollo de la misma, tal como lo consagra el artículo 22 de nuestra Carta Magna, quien lo reconoce como base del bienestar social y medio de realización de la persona; donde el ser humano, gracias a la inversión de su conocimiento, fuerza y dedicación,

puede satisfacer sus necesidades básicas y a su vez sentirse parte integrante de una esfera social que colabora con el desarrollo y progreso de su país; entendemos entonces que efectivamente – tal como la legislación peruana lo reconoce – el derecho al trabajo dignifica al ser humano.

Ahora bien, el derecho al trabajo es objeto de atención prioritaria del Estado el cual protege de manera especial a la madre, al menor de edad y al impedido que trabaja, por mandato expreso del artículo 23 de la Constitución Política del Perú, ello en razón a lo estipulado en el artículo 4 del mismo cuerpo normativo, que reconoce a dichos sectores de la población como grupos que ameritan una protección especial, al amparo de la imagen de susceptibilidad al daño que emanan. En este sentido, en lo que a la presente investigación importa, las mujeres trabajadoras, cuentan con una protección especial y reforzada contra cualquier acto que pretenda conculcar los derechos que como trabajadoras poseen, en cualquier estado de la relación laboral en la que se encuentren; y esto último es importante precisar, puesto que, como ya se ha analizado, los derechos fundamentales de todo ser humano – mientras no medie razón legal y justa que lo justifique – no pueden suspenderse ni limitarse de forma alguna, ello, pues tal como el Tribunal Constitucional ha señalado, citando el artículo 38 de la Constitución Política del Perú, todos los peruanos tienen el deber de respetar y cumplir, la Constitución es decir, que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta *erga omnes*, no solo en el ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquellas establecidas entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a

las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia *inter privatos*.

Con esto, podemos concluir que los derechos fundamentales de una trabajadora en estado de gravidez se mantienen vigentes durante toda la relación laboral, sin importar si se encuentra en lo que se conoce como un pre – contrato o el famoso periodo de prueba, por lo tanto, el trabajador y asimismo el empleador, habrá de respetar todos los mandatos constitucionales, inclusive el dispuesto por el párrafo tercero del artículo 23 que precisa que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador; lo cual, evidentemente se produciría ante un despido en el que no medie causa justa alguna y en el caso de que medie razón, esta no responda a la verdad y que ante hechos como estos, la norma no ofrezca forma de ejercer defensa ante tales actos desproporcionados e irrazonados, gracias a la potestad otorgada por el artículo 10 del Decreto Legislativo N 728- Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Consecuentemente, la obligación de que el empleador deba, no solo brindar causa justa de despido sino que además esta deba ser probada válidamente, permitirá que las trabajadoras gestantes durante la vigencia del periodo de prueba, puedan protegerse contra un eventual despido antojadizo y discriminatorio, fundado en su estado de gravidez, lo cual, efectivamente, al amparo de la vigencia de los derechos fundamentales y la eficacia horizontal de los mismos, podrán optimizar su derecho al trabajo en su vertiente de la estabilidad laboral, erradicando cualquier probabilidad de forma de discriminación laboral al otorgarles la oportunidad de hacer sus descargos

correspondientes, respecto de las imputaciones, que supuestamente fundamentan su despido.

C. Necesidad.

Habiéndose superado el filtro de la idoneidad, debemos verificar si es que no existen otras medidas menos invasivas que la propuesta, al derecho a la libertad de empresa.

La Constitución Política del Perú, reconoce en su artículo 27, la protección contra el despido arbitrario que otorga la ley al trabajador; a la par, el artículo 10 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, precisa que el trabajador, adquiere la referida protección, superado el periodo de prueba – tres o seis meses, dependiendo del contrato y el acuerdo inter partes – con lo que se concluye, que antes de dicho periodo, el trabajador no tiene ninguna clase de protección contra el despido.

Gracias a estas circunstancias, en la práctica nacional, se conoce que el empleador durante la vigencia de dicho periodo de prueba se encuentra exento de justificar el despido, así, únicamente superado dicho periodo, entra en vigencia la exigencia de que el empleador brinde causa justa de despido relacionado con la capacidad o la conducta, y que, a su vez, éstas se encuentren debidamente probadas.

De esta manera, estos dispositivos normativos, generan en el trabajador un grave grado de indefensión frente a cualquier arbitrariedad del empleador durante el periodo de prueba, pues las medidas resarcitorias o restitutorias para obtener estabilidad laboral absoluta o relativa, respectivamente, propias del derecho al trabajo, solo pueden exigirse superado el periodo de prueba

mediante la demanda de un despido nulo, en el caso de una trabajadora gestante.

En consecuencia, considerando que según la normativa nacional, durante la vigencia del periodo de prueba, no puede producirse la comisión de un despido nulo, ni ninguna otra forma de despido que reconozca la ley o la jurisprudencia; concluyentemente, una trabajadora que sea despedida por su estado gravidez durante el periodo de prueba, pese a la protección reforzada de la que goza y pese a la vigencia de los derechos fundamentales, se encontrará en total indefensión, puesto que nuestros cuerpos normativos, no otorgan ningún mecanismo de defensa ante tales actos, por lo que, la medida de intervención al derecho a la libertad de empresa es la única que puede utilizarse ante el evidente desamparo legal. Más aún, si durante el desarrollo de la investigación, descubrimos que el propio Tribunal Constitucional, ha precisado que durante la vigencia del periodo de prueba no resulta exigible que las partes se sometan a procedimiento alguno, dejando sentado que toda protección hacia el trabajador, únicamente, entra en vigencia una vez superado el periodo de prueba.

D. Ponderación.

Para poder ponderar mediante un ejercicio racional que desemboque en lo que la doctrina conoce como la formula del peso, es necesario cuantificar determinadas variables, lo cual se realiza del siguiente modo:

a. Definir el grado no satisfacción o afectación de uno de los derechos.

Tal como se desarrolló en la parte pertinente de la investigación, para poder cuantificar el grado de no satisfacción o afectación del derecho a la libertad de empresa, es necesario hacer uso de la escala que Robert Alexy, nos propone, donde la afectación leve es equivalente a 1, la moderada en 2 y la grave en 4.

El artículo 59 de la Constitución Política del Perú, reconoce el derecho a la libertad de empresa, el cual garantiza a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa), y por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado.

Este derecho fundamental, al igual que los demás derechos fundamentales que reconoce la Constitución, no solo deben ser respetados y garantizados por el Estado sino también, deben exigir su vigencia durante toda relación formada entre privados. En consecuencia, durante una relación laboral, el empleador, en exigencia de la vigencia de su derecho a la libertad de organización de la empresa, puede ejercerlo en la máxima plenitud posible, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas que la realidad le brinde.

En este entendido, el empleador puede prescindir de los servicios de un trabajador en cualquier instancia de la relación laboral, sin embargo, bien sabemos que al inicio de la misma, éste cuenta con una liberalidad adicional otorgada por el legislador mediante la figura del periodo de prueba, la cual, su verdadera funcionalidad radica en que ambas partes integrantes de la relación laboral, puedan evaluar la conveniencia de la concretización de dicho contrato, y así, poder disponer durante su vigencia, el cese en el caso en que algo dentro de ella no responda a sus necesidades o intereses. Sin embargo, cuando hacemos referencia a la liberalidad otorgada al empleador, es respecto a la posibilidad que se le otorga de que pueda despedir durante el periodo de prueba a un trabajador y no justificarlo ni probar la causa; pese, a que esto si es exigido una vez superado dicho periodo, ya sea de tres o seis meses.

Ahora bien, la medida que pretende intervenir la esfera no esencial del derecho a la libertad de empresa, pues solo se encuentra referida al poder de organización del empleador, manifestada a partir de poder cesar la relación laboral con determinado trabajo; no pretende, conculcar, eliminar o erradicar este poder otorgado, sino únicamente, limitarlo, exigiéndole la respectiva motivación que, a fin de cuentas, en un Estado de Derecho, es exigido para la legalidad y validez de todo acto. Situación distinta sería, si se pretendiera eliminar el periodo de prueba y lógicamente, con ello, la facultad de dirección del empleador se vería completamente menoscabada, lo cual no sucede con la medida planteada, pues solo pretende que el empleador brinde una causa justa y debidamente probada

de despido, lo que no entorpece ni interviene gravemente de alguna forma el ejercicio de su derecho a la libertad de empresa.

Es por todo esto, que considerando que se trata de una limitación leve, que no pretende eliminar o retirarle la facultad otorgada, sino únicamente limitar su ejercicio al cumplimiento de ciertas obligaciones que cautelan la vigencia de otro derecho fundamental, el grado de afectación o no satisfacción del derecho a la libertad de empresa, en el caso analizado, será equivalente a 1.

b. Importancia del derecho que juega en sentido contrario.

En un ejercicio idéntico al que antecede, en este punto debíamos de identificar el grado del beneficio que obtendría el derecho que juega en sentido en contrario, de esta forma, se valoró como 1 cuando el beneficio sea leve, como 2 cuando resulte moderado y como 4 cuando el beneficio sea grave (en el sentido de importante)

A lo largo de toda la historia, la mujer ha sido fuente de persecución y discriminación por su sola condición de mujer, razón por la cual, actualmente el sistema internacional y nacional de derechos humanos consagran diversos cuerpos normativos que las cautelan de cualquier forma de discriminación. Dentro de estos cuerpos legales, encontramos también las dirigidas a protegerlas dentro de la esfera laboral, que si bien, no todos han sido ratificados por el Perú, nuestra Carta Magna si ha reconocido la protección especial y reforzada que amerita este grupo humano, en razón, no solo a su vulnerabilidad sino también a la tradicional discriminación contra su persona o por cualquier razón íntimamente

conectada con dicho género, tal como, el embarazo; es por esto, que la Constitución Política del Perú, a través de sus artículos 4 y 23, protegen especialmente a la madre trabajadora – entre otros-.

De esta manera, entendemos que el legislador nacional pretende a través de estas normas, brindar una protección reforzada y diferenciada a este sector poblacional, pues por la situación especial en la que se encuentra, tratarlas del mismo modo que al sector común o general, sería incurrir en una discriminación por indiferenciación, figura por la cual, se encuentra proscrito tratar igual a quienes se encuentran en situaciones distintas, omitiendo brindar un tratamiento diferenciado justificado.

En consecuencia, teniendo claro, que una relación laboral se caracteriza por ser dispar, pues el empleador siempre se encuentra en un grado de superioridad respecto del trabajador, al ser él quien cuenta con el poder de definir sobre el futuro laboral de su empleado, sumado además al hecho de que , al tratarse de una mujer gestante quien pretende conservar un puesto de trabajo, donde prima la creencia de que la mano de obra femenina incurre en un gasto adicional para todo empresario; lógicamente, genera una clara situación de indefensión en la madre trabajadora, no solo por ser común la discriminación en su contra sino que además los factores del estado de gravidez y la inexistente obligación del empleador de justificar y probar el despido durante el periodo de prueba; ocasiona que la trabajadora, en dicho periodo, no cuente con armas para poder defenderse, más aún si es que la norma, no le otorga respaldo normativo que la acoja de modo alguno.

De esta forma, exigir que el empleador en circunstancias como las del caso analizado, deba justificar y demostrar la causa de despido - si bien se constituye como un trato justificadamente diferenciado - permitirá que la madre trabajadora, pueda ejercer su derecho a la defensa como garantía del debido proceso y así poder replicar las acusaciones por las que pretenden despedirla, y en este sentido podrá garantizar la vigencia y optimización del derecho al trabajo, así como todos los demás derechos que se encuentran conexos, no solo para ella sino también para el menor que radica en su vientre, tales como: dignidad, salud, vestimenta, educación y entre otros; pues debe recordarse que no se trata de cualquier mujer que es despedida sin justificación alguna, sino, de una mujer gestante que por mandato constitucional, amerita un trato diferenciado y reforzado al común, por lo que, el grado de protección de sus derechos fundamentales, deben ser superior al común, ya que de menoscabarlos, el daño que ella y el feto sufrirían sería también superior al de cualquier otro ser humano.

Entonces, efectivamente, obligar al empleador que justifique y pruebe la causa del despido durante el periodo de prueba, efectiviza la protección reforzada que amerita toda trabajadora gestante y optimiza su derecho al trabajo en su vertiente de la estabilidad laboral y todos los derechos íntimamente conexos a éste que afectan tanto a la madre y se extienden al menor, por lo que la importancia del beneficio que se genera al derecho al trabajo debe ser valorada como, beneficio grave en un equivalente de 4.

c. Definir en concreto si se justifica la intervención.

c.1. Peso abstracto.

En este punto, fue necesario definir cuantitativamente el valor de los principios en colisión, es decir del derecho al trabajo y el derecho a la libertad de organización de empresa. Se precisó, que la valoración otorgada a cada principio interviniente fue únicamente de acuerdo con las circunstancias del caso en análisis, puesto que como ya se había mencionado, no existen grados fijos sino decisiones dinámicas que pueden variar el valor de cada principio, en contextos distintos. Ahora bien, los referidos valores se determinaron en base a la siguiente escala, 4 como valor alto, 2 como valor medio y 1 como valor leve.

Para el Tribunal Constitucional, el derecho al trabajo, consagrado en el artículo 22 de la Constitución, contiene un nexo íntimo con el derecho a la dignidad pues es reconocido como medio de realización de la persona y base del bienestar social, el cual permite la supervivencia del ser humano a través de la fuerza de su trabajo; constituyéndose así, como fuente de vida para él y el de su familia, con lo que se determina la vinculatoriedad que tiene con otros derechos fundamentales. Consideramos entonces, que en este caso en concreto y tratándose de una mujer gestante, donde el derecho al trabajo procura para sí y para el menor que está en su vientre: salud, alimentación, vivienda, entre otros factores; el valor otorgado fue de 4.

Respecto al derecho a la libertad de organización de empresa, el cual se encuentra ubicado dentro del catálogo de derechos dedicado al régimen

económico del Perú, en el artículo 59 de nuestra Carta Magna, el Tribunal Constitucional ha precisado que este derecho fundamental forma parte integrante de la economía social de mercado, junto con los derechos a la libre iniciativa privada, a la libertad de comercio, a la libertad de industria y a la libre competencia, por lo que, son considerados como base del desarrollo económico y social del país. En consecuencia, la libertad de empresa se erige como derecho fundamental que garantiza a todas las personas a participar en la vida económica de la nación, empero, en ningún extremo se lo reconoce como un derecho íntimamente conexo y dependiente o relevante para el disfrute del derecho a la vida o la dignidad, o a la salud o a la vestimenta, que determina su valor imprescindible a la vida de cualquier ser humano que haya permitido otorgarle un valor alto, sin embargo, al formar parte del sector económico del Perú, que también es un factor importante para el desarrollo y crecimiento de la sociedad, en este contexto en concreto, el valor otorgado fue equivalente a 2.

c.2. Seguridad de la apreciación.

Finalmente, como último filtro para iniciar con la aplicación de la fórmula correspondiente, es necesario además de analizar la importancia de los principios en juego y el peso abstracto de los mismos, fue necesario tener en cuenta la certeza de la apreciación, es decir, debe identificarse la certeza de las percepciones empíricas, para lo cual, utilizamos las categorías de: seguro equivalente a 1, plausible como 0.5 y finalmente, no evidentemente falso como 0.25.

Respecto al derecho al trabajo, en base a todo lo detallado anteriormente, podemos notar que efectivamente, la optimización de este derecho será seguro, si es que se aplica la medida de obligar al empleador a justificar el despido durante el periodo de prueba, en el caso de una trabajadora gestante, pues ella – en el caso de que sea necesario - podrá ejercer su derecho a la defensa como garantía del debido proceso, haciendo prevalecer la vigencia de sus derechos fundamentales y erradicando toda forma posible de discriminación laboral, por lo que su valor debe ser categorizado en 1.

Respecto del derecho intervenido, es decir, el derecho a la libertad de empresa es evidente que no se está desplazando la eficacia de su núcleo esencial, únicamente se estaría limitando – más no, proscribiendo o menoscabando – una de sus esferas no esenciales, la que se manifiesta a través de que el empresario podría seguir haciendo uso de la facultad de despedir durante el periodo de prueba pero limitado únicamente en el extremo que se exige la probanza de la causa que ordena el despido y que esta sea justa y proporcional, por ello es que al no ser clara la violación a dicho derecho, lo hemos valorizado en 0.5.

Ahora bien, obtenidas todas las valorizaciones, procedemos a aplicar la denominada ley de ponderación, que afirma que, cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro.

En ese sentido, aplicamos:

Derecho intervenido				Derecho interviniente		
Afectación	Peso Abstracto	Seguridad de Apreciación	VS	Beneficio	Peso Abstracto	Seguridad de Apreciación
1	2	0.5	<	4	4	1

Ahora bien, de la aplicación de la fórmula de la ley de ponderación propuesta por Robert Alexy, podemos evidenciar que, en este último subprincipio, el derecho intervenido – derecho a la libertad de organización empresa – obtiene un resultado valorado en 1 después de realizada la respectiva multiplicación de $1 \times 2 \times 0.5$. Por el derecho interviniente – derecho al trabajo – después de realizada la operación correspondiente, consistente en $4 \times 4 \times 1$, obtenemos el resultado de 16.

En este sentido, con los resultados de 16 por el derecho al trabajo y de 1 por el derecho a la libertad de empresa, entonces corresponde ordenar como válida y constitucionalmente legítima la medida por la cual, se obliga al empresario a justificar y probar la causa de despido suscitado durante el periodo de prueba, como un requisito para que dicho despido sea válido, y de esta manera optimizar el derecho al trabajo de la trabajadora gestante durante el periodo de prueba, fundamentándose esencialmente en los siguientes argumentos jurídicos:

- a. **La protección reforzada que le otorga la Constitución Política del Perú a las trabajadoras gestantes;** nace a partir del artículo 4 que reconoce que la comunidad y el Estado tienen la obligación de proteger especialmente a la madre en concordancia con el artículo 23 del mismo cuerpo normativo, el que consagra que el derecho al trabajo es objeto de

atención prioritaria para el Estado, el cual protege especialmente a la madre que trabaja. Consecuentemente, a partir de esto, entendemos que el legislador pretende brindar un trato diferenciado a la mujer trabajadora en razón al grado natural de vulnerabilidad que ostenta aunada a la innegable práctica discriminatoria, que las integrantes de este género siempre han padecido. En consecuencia, este sector de la población, amerita una protección reforzada por parte del Estado respecto de todos sus derechos fundamentales, entre ellos, el derecho al trabajo, más aún, tratándose de una mujer en estado de gravidez, pues el daño ocasionado en su contra puede causar repercusiones no solo en sus intereses sino también en el feto; por lo que su trato durante el periodo de prueba debe ser distinto a los demás sujetos sociales, pues la cautela de sus derechos fundamentales, como mandatos de optimización será en el mayor grado posible.

- b. La funcionalidad del Periodo de Prueba en la relación laboral**, lejos de la práctica que en la realidad peruana es común, la intención del legislador al regular el periodo de prueba – artículo 10 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral – en ningún extremo puede considerarse que fue exponer a los trabajadores durante la vigencia de este periodo a que se cometan en su contra una serie de arbitrariedades que menoscaben sus derechos fundamentales, pues esto, por donde sea visto, incurre en arbitrario, ilegal e impropio de un Estado de derecho. En este sentido, el periodo de prueba tiene como finalidad principal, que ambas partes integrantes de una relación laboral evalúen la conveniencia de la concretización de un contrato permanente, entre empleador y

trabajador. Así, ante la aceptación de la labor ofrecida al empleador, éste podría celebrar un contrato permanente; en sentido contrario, él podría prescindir de los servicios del trabajador sin riesgo a que se produzca repercusión alguna – como las medidas restitutivas o resarcitorias - sin embargo, esto, en ningún sentido puede entenderse como una liberalidad ilimitada otorgada al empleador para que pueda violentar o vaciar de contenido los derechos fundamentales de su trabajador, y por ende despedir sin que medie razón válida alguna, pues esto si se constituirá como un claro acto abusivo del derecho.

En este sentido, si bien es cierto, el poder de organización del empleador es parte integrante de su derecho a la libertad de empresa; ello en ningún extremo puede ser ilimitado, pues encuentra este límite en el derecho fundamental del afectado, y como en nuestra sociedad se encuentra proscrito desplazar o intervenir un derecho sin que medie una justificación constitucionalmente legítima, entonces, cualquier acto atentatorio por parte del empleador en un uso ilimitado de sus facultades devendrá en arbitrario. Por lo tanto, la funcionalidad de periodo de prueba no puede ni debe distorsionarse, la cual, como ya se mencionó, está enfocada únicamente – por parte del empleador – en evaluar la calidad de la labor del trabajador y las condiciones del empleo, por lo que ante una desaprobación de esta, debería exigirse que mediando causa objetiva se realice válidamente el despido.

- c. La concretización del Principio – Derecho a la igualdad de oportunidades sin discriminación en la relación laboral de las trabajadoras gestantes;** sin embargo, si bien este principio pretende prima facie, brindar un trato igualitario a todos los miembros de la sociedad, esto es completamente válido, cuando los sujetos sociales inmersos se encuentren en condiciones iguales, empero, como en la presente investigación uno de los factores principales fueron las trabajadoras gestantes, las cuales, como ya hemos visto, gozan de una protección especial y reforzada, consecuentemente no podíamos pretender que el trato que se les brinde sea igual a los demás, sino que, para que las trabajadoras gestantes puedan acceder a un trato igualitario a comparación de los demás y en consecuencia gozar del derecho al trabajo del mismo modo, debíamos fundamentarnos en la vertiente de la igualdad de oportunidades referida a la posibilidad de un trato diferenciado y por la discriminación, en su vertiente de discriminación por indiferenciación; y a partir de esto poder otorgar un trato diferente a las trabajadoras gestantes durante el periodo de prueba, y así poder instaurar medidas que las protejan y no por el contrario, anulen sus posibilidades de mantener una relación laboral, solo a causa de su estado de gravidez pese a demostrar un desempeño laboral eficaz, lo cual si sería un acto de discriminación directa.
- d. La garantía del derecho al trabajo como base del bienestar social y medio de realización de la persona;** así pues, sabemos que respecto a este derecho fundamental la legislación peruana considera que dignifica al ser humano, por la inversión del conocimiento, la fuerza, dedicación

que toda persona ejecuta en la labor que ha escogido realizar, en aras de poder garantizar su supervivencia y la de su familia, mediante la satisfacción de sus necesidades básicas, razón por la cual, se afirma que el derecho al trabajo posee una íntima conexión con el derecho a la dignidad, a la salud, a la vestimenta, a la educación, entre otros.

Sin embargo, la razón por la cual el ser humano se dignifica con el desempeño de una labor radica también, en su propio desarrollo y crecimiento interno, al sentirse productivo y socialmente útil, formando parte del desarrollo económico y social de país, lo cual genera automáticamente el incremento de su desarrollo personal, y capacidad poder lograr las metas que como todo ser humano posee; aspectos de los cuales, las trabajadoras gestantes no son ajenas y muy por el contrario, al permitirles laborar, producirán en ellas, una sensación de éxito y satisfacción pese al estado de gravidez, que muchas veces se constituye hasta como un obstáculo físico que impide su desarrollo pleno; esto aunado a la tranquilidad económica que puede ofrecer la estabilidad laboral de un gestante, no solo para cubrir sus necesidades especiales que como mujer gestante, sino también la del menor que se encuentra próximo a nacer.

CAPITULO IV

PROPUESTA NORMATIVA

La Constitución Política de Perú, como norma suprema de nuestra Nación, reconoce en su interior, un catálogo de derechos fundamentales que han de regular, cautelar y garantizar los intereses de los miembros de la sociedad. Sin embargo, en razón a que estos derechos, responden a su vez a las necesidades de cada ciudadano, y en el entendido de que estas necesidades varían de acuerdo al estilo de vida e intereses de cada persona; consideramos, que, en determinados contextos, estos derechos fundamentales pueden entrar en conflicto cuando se contraponen a los requerimientos de otro ser humano.

Así, por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión frente el derecho a la intimidad; el derecho a la libertad de conciencia frente el derecho a la salud, o el derecho a la libertad de empresa frente al derecho al trabajo. En circunstancias concretas como las mencionadas, cuando dos derechos fundamentales que poseen la misma importancia legal – pues en el Perú, no existe un ranking de derechos estático – entran en conflicto; la única solución, es desplazar momentáneamente a uno de ellos, para optimizar la vigencia del otro, sin que ello implique, que el primero pierda validez o importancia, pues en circunstancias distintas, éste derecho puede ser, el que resulte optimizado.

Ahora bien, en lo que a esta investigación importa, después de haber aplicado el conocido Test de Ponderación, hemos determinado que, efectivamente, el desplazamiento de una esfera no esencial del derecho a la libertad de empresa para optimizar el derecho al trabajo a las trabajadoras gestantes durante el periodo de prueba, persigue un fin constitucionalmente legítimo, fundamentado

en la necesidad de limitar el uso desmedido del poder de dirección del empleador, al poder despedir a un trabajador durante la vigencia del periodo de prueba, sin que se encuentre obligado a brindar justificación alguna, pues los artículos 10 y 22 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, los cuales regulan, los alcances del periodo de prueba y la exigencia de una causa justa para el despido, respectivamente; otorgan al patrono, una amplia facultad de poder direccionar su empresa, abriéndole una puerta grande donde puede producir una serie violaciones de derechos fundamentales al trabajador, si es que no se les impone una obligación que limite su actuar.

En este sentido, si bien el Tribunal Constitucional y la normativa nacional, no se han ocupado de este tema, pues muy por el contrario, ratifican su postura de que el trabajador adquiere protección contra el despido arbitrario, una vez superado este periodo, y en consecuencia, antes de ello, no tienen derecho a absolutamente nada ni tan siquiera, a exigir que su despido se desarrolle mediante la apertura de un proceso, donde se le permita ejercer alguna clase de descargos; originándole claramente, un estado de indefensión ante las arbitrariedad – que por ley – se le ha otorgado al empleador; lo cual es totalmente inaceptable, en un Estado Social de Derecho, como es el nuestro.

En este sentido, recordando que los derechos fundamentales mantienen su vigencia durante cualquier relación formada entre privados y que consecuentemente, la exigencia del respeto y promoción de los mismos – por ambas partes – es una obligación a los que se encuentran sujetos en toda relación laboral, contexto en el cual se protege por mandato constitucional de manera especial a la madre que trabaja, en aras de erradicar cualquier forma de discriminación en su contra; y considerando además, que no se pretende

eliminar esta facultad al empleador, sino únicamente limitarla mediante la exigencia de una medida que en la actualidad, se exige cuando el periodo de prueba ha sido superado, por lo que el daño en su contra es minúsculo, a comparación de todos los beneficios que obtendrán las trabajadoras, es, que resulta necesario la promulgación de una ley, que modifique los artículos 10 y 22 de la LPCL, la cual, optimizará el principio – derecho fundamental al trabajo de un sector vulnerable de la sociedad, a costa de desplazar un núcleo no esencial del derecho a la libertad de empresa, el cual, se habría de plantear en los términos de la siguiente propuesta legislativa:

**PROYECTO DE LEY QUE EXIGE AL EMPLEADOR EMITIR CAUSA JUSTA
DE DESPIDO PARA LAS TRABAJADORAS GESTANTES, DURANTE EL
PERIODO DE PRUEBA.**

Ley que modifica el artículo 10 y 22 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Artículo 1.- Objeto de la Ley

La presente ley tiene como objeto, exigir al empleador que señale y pruebe la causa justa de despido durante el periodo de prueba, de una trabajadora gestante.

Artículo 2.- Finalidad de la Ley

La presente ley tiene como finalidad, optimizar el derecho al trabajo de las trabajadoras gestantes, y erradicar cualquier forma de discriminación en su contra, como miembros de un grupo social vulnerable.

Artículo 3.- Modificación del artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Modifíquese el artículo 10 referido al periodo de prueba.

Artículo 10º.- El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario. Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un período de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del período de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el período inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección.

En el caso de las trabajadoras gestantes, el periodo de prueba se regirá de acuerdo con el artículo 22 de la presente norma, en lo que resulte pertinente.

Artículo 4.- Modificación del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Artículo 22º.- Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada. La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador. La demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido.

En el caso de las trabajadoras gestantes, esta exigibilidad se extiende a la vigencia del periodo de prueba.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

UNICA: Serán modificadas todas las normas que interfieran con la aplicación de las disposiciones de la presente ley.

EXPOSICION DE MOTIVOS

La Constitución Política del Perú, reconoce en su artículo 1, que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; por lo que, toda norma que pretenda integrar la legislación peruana, deberá estar encaminada a cumplir con dicho objetivo, a través de la cautela de la dignidad de todos los sectores poblacionales, brindándoles los mismos derechos y oportunidades, sin discriminación alguna.

En este sentido, el legislador peruano, consciente de la diversidad de condiciones que conviven en la sociedad peruana, ha dispuesto para aquellos sectores vulnerables al daño, una protección reforzada a fin de que, con un trato diferenciado, sustentado en su condición especial, puedan obtener las mismas oportunidades que los demás, tal como sucede con el anciano, el niño y la mujer, quien ha sido a lo largo de la historia, discriminada por su género y por las implicancias que este acarrea. Situación de la cual el ámbito laboral no ha sido indiferente pues la mujer siempre ha sido vista como una mano de obra costosa, pues a comparación del sexo masculino, ellas siendo las únicas capaces de procrear, implican cuidados y gastos adicionales, que al empresario no le conviene.

Vista esta realidad nacional, y conociendo de las facultades que el empleador posee de prescindir de los servicios de un trabajador durante el periodo de prueba sin que sea necesario que brinde justificación alguna, podemos afirmar, que las posibilidades de que una mujer gestante supere el periodo de prueba y pueda adquirir derecho a la estabilidad laboral, son nulas, ya que evidentemente, se encuentra ante un riesgo potencial de ser discriminada por su estado de gravidez, y al respecto, no puede hacer nada, pues la misma norma ha sido quien ha facultado a su empleador, a despedirla sin que medie justificación y sin otorgarle modo alguna de defenderse de las acusaciones que presuntamente, fundamenten su cede.

Por lo tanto, en el entendido de que los derechos fundamentales tienen eficacia horizontal inter privados y que estos derechos, mantienen su vigencia, en cualquier relación instaurada , ya sea con el Estado o entre privados, exigiéndoles su respeto absoluto, es que, resulta necesario establecer una norma, que limite la discrecionalidad de la que goza el empleador, durante el periodo de prueba, en aras de optimizar todos los derechos fundamentales del trabajadora gestante, entre ellos, el trabajo; y así erradicar cualquier forma de discriminación en su contra; evitando además posibles daños a los intereses del feto.

EFFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA

Esta norma no se encuentra en contrariedad a lo que establece la Carta Magna peruana por lo que a partir del día siguiente de su promulgación y respectiva publicación en el diario “El Peruano” será exigible en todo el territorio nacional.

ANALISIS COSTO BENEFICIO

La presente norma no genera costo alguno para el Tesoro Público, debido a que no irroga gasto al Estado.

CONCLUSIONES

1. En mérito a que por mandato constitucional, las trabajadoras gestantes gozan de protección reforzada, el Estado debe, durante todo el periodo laboral, incluyendo el periodo de prueba, protegerla de todo acto de discriminación, permitiéndole optimizar su derecho al trabajo y sus derechos conexos a través de la posibilidad de exigirle al empleador que justifique y pruebe de manera fehaciente la razón que motivaría un posible despido durante el periodo de prueba.
2. La funcionalidad del periodo de prueba es permitir a las partes de una relación laboral, analizar la conveniencia de la concretización de un contrato de trabajo. Este periodo primigenio del contrato laboral, en ninguna circunstancia, puede entenderse como la autorización legal para violentar derechos fundamentales del trabajador pues ello sería vaciar de contenido la razón subyacente que lo originó.
3. El ejercicio del derecho al acceso al trabajo sin discriminación, como base del bienestar social y medio de realización de la persona, en el caso de las trabajadoras gestantes se optimiza a través de la adopción de medidas que permitan ejecutar diferenciaciones justificadas basadas en la condición especial que las caracteriza y que les permita acceder o mantenerse en un puesto de trabajo.
4. La aplicación del test de ponderación es el mecanismo adecuado para la solución de conflictos surgidos entre principios en situaciones concretas, desplazando la esfera no esencial de un derecho para prevalecer la vigencia de otro derecho fundamental, lo cual contiene en si mismo, una finalidad constitucionalmente legítima.

5. Para la concretización de los resultados de esta investigación, la cual pretende brindar protección jurídica reforzada al derecho al trabajo de las trabajadoras gestantes en el periodo de prueba, es necesaria la modificación de los artículos 10 y 22 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

RECOMENDACIONES

1. El Estado peruano, debe promover y adoptar políticas tendientes a reducir los márgenes de discriminación en contra de las mujeres gestantes, con especial énfasis en aquellas de carácter laboral, habida cuenta de la naturaleza e importancia social y dignificante del derecho al trabajo.
2. Es necesario, que el legislador peruano, preste especial atención en aquellas normas que otorgan potestades a los empleadores que - en la práctica - podrían constituirse como un riesgo latente para la afectación de los derechos fundamentales de las mujeres gestantes, durante el periodo de prueba.
3. En la esfera académica, es recomendable continuar con las investigaciones respecto de la aplicación, beneficios y riesgos de la institución del periodo de prueba.

LISTA DE REFERENCIAS

BIBLIOGRAFÍA DOCTRINAL

Alexy, Robert. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Recuperado de:

<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina37294.pdf>

Arango, Rodolfo. (2015). *Derechos sociales fundamentales*. Colombia. Editorial Rhidas S.I.

Arce, E. & Otros. (2015). *Apuntes sobre el Derecho al Trabajo como Derecho Humano*. Madrid, España. Editorial Dickinson. S.I.

Arévalo Vela. (2017). *Protección de la Maternidad en el Trabajo*. Lima, Perú. Editorial El Búho E.I.R.L.

Balanta Medina, María. (2015). *Apuntes de los Derechos Humanos*. Madrid – España. Editorial Dickinson. S.I.

Barranco, María del Carmen. (2009). *Teoría del Derecho y derechos fundamentales*. Lima – Perú. Editorial Palestra.

Blanca Bustamante. (2003). *El despido en nuestra legislación*. Lima, Perú. Editorial El Búho E.I.R.L.

Castillo Córdova. Luis. (2007). *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Lima – Perú. Editorial Palestra.

- Castillo N. & Otros. (2008). *Laborem. Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajado y de la Seguridad Social*. Lima, Perú. Editorial Roble Rojo Grupo de Negocios SAC.
- Cruz Villalón (2014). *El pre contrato laboral. El Periodo de Prueba*. Madrid – España. Editorial Dickinson. S.I.
- De la Cueva, M. (1985). *El Nuevo Derecho Mexicano*. México. Editorial Porrúa S.A.
- Domingo, B. & Otros. (2013). *Especial Protección a la Trabajador Gestante*. Lima, Perú. Empresa Editorial El Búho E.I.R.L.
- Garcia & Otros. (2013). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Lima, Perú. Empresa Editorial El Búho E.I.R.L.
- Gómez Valdéz. (2016). *La relación laboral en el Perú. Soluciones Laborales*. Lima – Perú. Editorial Grijley
- Huamán Ordóñez, Luis Alberto. 2014. *El Despido Laboral, despido nulo, arbitrario, incausado y fraudulento*. Lima – Perú. Gaceta Jurídica.
- Kaskel, Water y Hermann Dersch. 1961. *Derecho del Trabajo*. Buenos Aires. Quinta Edición. Ediciones Depalma.
- Lalupú Sernaque, Luis Alberto. 2017. *El principio de igualdad de trato en el derecho laboral según la jurisprudencia peruana*. Lima – Perú. Gaceta Jurídica.
- Martínez Salgueiro, Carlos. *Prohibición de la esclavitud, trabajo forzoso y servidumbre*. Recuperado de:
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1840/12.pdf>

- Moreno, J. (2007). *Autonomía colectiva y autonomía individual en la regulación de las condiciones de trabajo*. Madrid – España. Editorial del Ministerio de Trabajo y Asunto Sociales N° 68.
- Montoya, A. (2001). *Derecho del Trabajo*. Tomo I. Editorial Tecnos.
- Munayco, E. (2008). *La Madre y su protección constitucional especial. Manifestaciones en sus relaciones laborales*. Lima - Perú. Empresa Editorial El Búho E.I.R.L.
- Navarrete Maldonado, Alejandro. (2017). *El derecho al trabajo puesto a debate. La reposición como una medida que restituye la dignidad del trabajador*. Lima – Perú. Empresa Editorial El Búho E.I.R.L.
- Pachecho, M. *Los Derechos Fundamentales de la Persona Humana*. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1836/6.pdf>.
- Plá Rodríguez, Américo. (1998). *Los principios del derecho de Trabajo*. Buenos Aires. Ediciones Depalma.
- Quiñones & Otros. (2014). *El despido laboral. Despido nulo, arbitrario, incausado y fraudulento*. Lima – Perú. Editorial El Búho E.I.R.L.
- Ruiz Riquero, José. (2016). *El periodo de prueba. Evolución y alcances generales*. Lima – Perú. Editorial El Búho E.I.R.L.
- Sar, Omar. (2010). *Hacia una motivación adecuada de las decisiones judiciales cuando se presentan conflictos entre derechos fundamentales*. *Gaceta Constitucional*. Lima – Perú. Editorial El Búho E.I.R.L.

Uribe Arzate, Enrique. (2007). *La protección jurídica de las personas vulnerables*. Colombia. Editorial Rhidas S.I.

Valderrama & Cavalié. (2018). *El derecho al trabajo como derecho fundamental*. Buenos Aires. Ediciones Depalma.

Velarde, Martín. (2017). *Evolución y análisis de la regulación sobre el periodo de prueba en la legislación laboral peruana. Soluciones Laborales*. Lima – Perú. Editorial Grijley

JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional. (2001). Sentencia del Sindicato Unido de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRAFEL. Emita el 11 de julio del 2002.

Tribunal Constitucional. (2001). Sentencia del Caso N 976 – 2001. Emitida el 25 de noviembre del 2001.

Tribunal Constitucional. (2001). Sentencia del Caso N 1124 – 2001. Emitida el 13 de diciembre del 2001.

Tribunal Constitucional (2002). Sentencia del Caso N 1057 – 2002 – AA/TC. Emitida el 04 de mayo del 2002.

Tribunal Constitucional (2002). Sentencia del Caso N 010 – 2002 – AI/TC, fundamento 15. Emitida el 24 de noviembre del 2010.

Tribunal Constitucional. (2004). Sentencia del Caso N 3304 – 2004. Emitida el 15 de abril del 2004.

Corte Suprema (2005). Sentencia de la Casación N 275 – 2005 – Arequipa, fundamento 12. Emitida el 26 de mayo del 2005.

Tribunal Constitucional. (2005). Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional. Emitida el 12 de agosto del 2005.

Tribunal Constitucional. (2006) Sentencia del Caso N 2906 – 2002. Emitida el 19 de febrero del 2002.

Tribunal Constitucional (2007). Sentencia del Caso N 05652 – 2007 – PA – TC – Lima. Emitida el 25 de septiembre del 2007.

Corte Suprema (2008). Sentencia de la Casación N 03190 – 2008, fundamento 4. Emitida el 06 de octubre del 2008.

Tribunal Constitucional (2009). Sentencia del Caso N 0896 – 2009 – PHC/TC. Emitida el 17 de agosto del 2009.

Tribunal Constitucional (2009). Sentencia del Caso N 05012 – 2009 – PA-TC. Emitida el 08 de octubre del 2009.

Corte Suprema (2009). Sentencia de la Casación N 06111 – 2009, fundamento 21. Emitida el 18 de diciembre del 2009.

Tribunal Constitucional. (2010). Sentencia del Caso N 01405 – 2010 – AA/TC. Emitida el 17 de marzo del 2010.

Tribunal Constitucional (2012). Sentencia del Caso N 02982 – 2012 – AA/TC. Emitida el 15 de julio del 2012.

Tribunal Constitucional (2012). Sentencia del Caso N 02456 – 2012 – PA – TC- Lima. Emitida el 04 de agosto del 2012.

Tribunal Constitucional. (2012). Sentencia del Caso N 00263 – 2012 – AA/TC. Emitida el 22 de octubre del 2012.

Tribunal Constitucional (2015). Sentencia del Caso N 0008 – 2015 – PA – TC- Lima. Emitida el 12 de septiembre del 2015.