

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



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

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS:

**LOS EFECTOS JURÍDICO-SOCIALES EN LA VULNERACIÓN AL
SUBSIDIO POR MATERNIDAD DE LAS TRABAJADORAS GESTANTES
PERTENECIENTES A LA MICROEMPRESA**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO LABORAL Y PROCESAL LABORAL

Presentado por:

WILMER IRIGOÍN APAÉSTEGUI

Asesor:

M.Cs. HUGO MIGUEL MUÑOZ PERALTA

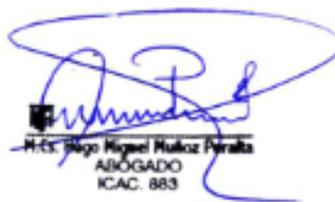
Cajamarca, Perú

2024

CONSTANCIA DE INFORME DE ORIGINALIDAD

1. Investigador: **WILMER IRIGOÍN APAÉSTEGUI**
2. DNI: **26732867**
Escuela Profesional/Unidad de Posgrado de la Facultad de **Derecho y Ciencias Políticas**
3. Asesor: **M.Cs. Hugo Miguel Muñoz Peralta**
4. Grado académico o título profesional
 Bachiller Título profesional Segunda especialidad
 Maestro Doctor
5. Tipo de Investigación:
 Tesis Trabajo de investigación Trabajo de suficiencia profesional
 Trabajo académico
6. Título de Trabajo de Investigación: **LOS EFECTOS JURÍDICO-SOCIALES EN LA VULNERACIÓN AL SUBSIDIO POR MATERNIDAD DE LAS TRABAJADORAS GESTANTES PERTENECIENTES A LA MICROEMPRESA.**
7. Fecha de evaluación: **12 de julio de 2024**
8. Software antiplagio: TURNITIN URKUND (OURIGINAL) (*)
9. Porcentaje de Informe de Similitud: **24%**
10. Código Documento: **oid:3117:365951269**
11. Resultado de la Evaluación de Similitud:
 APROBADO **PARA LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES O DESAPROBADO**

Fecha Emisión: 17 de julio de 2024

<i>Firma y/o Sello Emisor Constancia</i>
 M.Cs. Hugo Miguel Muñoz Peralta ABOGADO ICAC. 883
<hr/> M.Cs. Hugo Miguel Muñoz Peralta DNI: 40593893

* En caso se realizó la evaluación hasta setiembre de 2023

COPYRIGHT © 2024 by
WILMER IRIGOÍN APAÉSTEGUI
Todos los derechos reservados



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

Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU



UNIDAD DE POSGRADO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

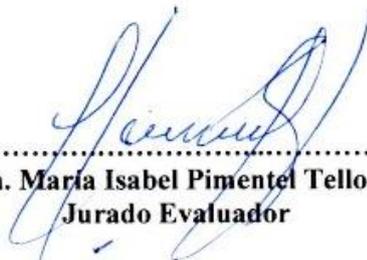
ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

Siendo las 10:10 horas, del día 06 de junio de dos mil veinticuatro, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por la **Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO**, **Dr. JULIO ALEJANDRO VILLANUEVA PASTOR**, **Dr. GLENN JOE SERRANO MEDINA**, y en calidad de Asesor el **M.Cs. HUGO MIGUEL MUÑOZ PERALTA**. 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: **LOS EFECTOS JURÍDICO-SOCIALES EN LA VULNERACIÓN AL SUBSIDIO POR MATERNIDAD DE LAS TRABAJADORAS GESTANTES PERTENECIENTES A LA MICROEMPRESA**, presentada por el Bachiller en Derecho y Ciencia Política **WILMER IRIGOÍN APAÉSTEGUI**.

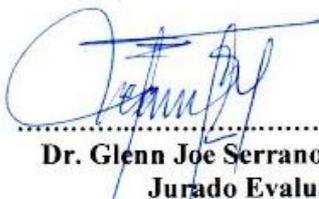
Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó APROBAR con la calificación de QUINCE (15) la mencionada Tesis; en tal virtud, el Bachiller en Derecho y Ciencia Política **WILMER IRIGOÍN APAÉSTEGUI**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de la Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO LABORAL Y PROCESAL LABORAL**.

Siendo las 11:15 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.


.....
M.Cs. Hugo Miguel Muñoz Peralta
Asesor


.....
Dra. Maria Isabel Pimentel Tello
Jurado Evaluador


.....
Dr. Julio Alejandro Villanueva Pastor
Jurado Evaluador


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

DEDICATORIA

A mi madre querida, por sus sabios consejos a lo largo de mi vida, por ser el pilar más importante, demostrándome siempre su cariño y apoyo incondicional.

A mi familia, por el apoyo interminable a lo largo de toda mi carrera
universitaria.

AGRADECIMIENTO

Mi gratitud al divino creador; por brindarme vida, salud y fortaleza.

A mi asesor de tesis, por su compromiso y apoyo incondicional para la culminación de la presente investigación.

A todas aquellas personas que me acompañaron en esta etapa, aportando a mi formación profesional y humanista.

Reconocer a otro individuo como libre e igual implica reconocerlo como autónomo, lo cual a su vez implica reconocerlo como persona. Reconocerlo como persona es atribuirle dignidad, lo cual significa reconocer sus derechos humanos.

Robert Alexy

ÍNDICE

LISTA DE SIGLAS Y ABREVIATURAS	xi
GLOSARIO DE TÉRMINOS BÁSICOS	xii
RESUMEN	xiii
<i>ABSTRACT</i>	xiv
INTRODUCCIÓN.....	xv
CAPÍTULO I	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	1
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	1
1.1.1. Contextualización o problemática	1
1.1.2. Descripción del problema.....	5
1.1.3. Formulación del problema.....	6
1.2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	6
1.3. OBJETIVOS.....	7
1.3.1. General	7
1.3.2. Específicos	7
1.4. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	8
1.4.1. Delimitación teórica	8
1.4.2. Delimitación espacial.....	9
1.4.3. Delimitación temporal.....	9
1.5. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN.....	9
1.6. TIPOS Y NIVEL DE TESIS.....	9
1.6.1. De acuerdo con el fin que persigue	9
1.6.2. De acuerdo con el nivel de conocimiento	10
1.7. HIPÓTESIS.....	12
1.7.1. Variables	12
1.7.2. Componentes hipotéticos.....	13
1.8. MÉTODOS.....	13
1.8.1. Genéricos.....	13
1.8.2. Métodos específicos o propios del Derecho.....	15
1.9. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	18
1.9.1. Técnicas.....	18

1.9.2. Instrumentos	19
1.10. UNIDAD DE ANÁLISIS O UNIDADES DE OBSERVACIÓN	20
1.11. POBLACIÓN Y MUESTRA.....	20
1.12. ESTADO DE LA CUESTIÓN	20
CAPÍTULO II	24
MARCO TEÓRICO.....	24
2.1. MARCO IUSFILOSÓFICO.....	24
2.2. TEORIAS QUE RESPALDAN LA INVESTIGACIÓN.....	28
2.2.1. Los derechos humanos	28
2.2.2. Los derechos fundamentales.....	31
2.2.3. El principio de progresividad del derecho laboral	35
2.2.4. El test de proporcionalidad	37
2.3. ENFOQUE DE LA SEGURIDAD SOCIAL	38
2.3.1. Concepto de seguridad social	38
2.3.2. Principios de la seguridad social	39
2.3.3. La seguridad social en instrumentos normativos internacionales y nacionales	41
2.4. MARCO JURÍDICO DE LA MICROEMPRESA EN EL PERÚ	48
2.4.1. Definición y características de la microempresa y pequeña empresa..	48
2.4.2. Desarrollo normativo de la MYPE.....	49
2.4.3. La seguridad social de las trabajadoras gestantes en la microempresa	52
CAPÍTULO III	55
CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS	55
3.1. Transgresión de derechos fundamentales respecto al subsidio por maternidad de la trabajadora en el régimen laboral de la microempresa	57
3.2. La seguridad social, referida al no otorgamiento del subsidio por maternidad en el régimen laboral de la microempresa vulneraría el principio de igualdad y progresividad laboral	62
3.3. Incompatibilidad entre la ley del régimen laboral de la microempresa, la Constitución Política del Perú y el Convenio 183 de la OIT, respecto al subsidio por maternidad.....	69

CAPÍTULO IV	76
PROPUESTA LEGISLATIVA.....	76
LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 9 DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1086, LEY DE PROMOCIÓN DE LA COMPETITIVIDAD, FORMALIZACIÓN Y DESARROLLO DE LA MICRO Y PEQUEÑA EMPRESA Y DEL ACCESO AL EMPLEO DECENTE	76
Artículo 1: Objeto de la Ley.....	76
Artículo 2: Beneficiarios	77
Artículo 3: Modificación del Decreto Legislativo N° 1086, Ley de Promoción ..	77
Artículo 9. - Régimen especial de salud para la microempresa	77
DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES.....	78
PRIMERA. Reglamentación.....	78
SEGUNDA. Derogatoria	78
DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA MODIFICATORIA ÚNICA. INTEGRACIÓN ...	79
POR TANTO:.....	79
EXPOSICION DE MOTIVOS.....	79
CONCLUSIONES	83
RECOMENDACIONES.....	85

LISTA DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

SIGLAS

SIS	: Seguro Integral de Salud
OIT	: Organización Internacional de Trabajo
MYPE	: Micro y Pequeña Empresa
DDFF	: Derechos Fundamentales
DDHH	: Derechos Humanos
TC	: Tribunal Constitucional
CADH	: Convención Americana de Derechos Humanos
TUO	: Texto Único Ordenado
COMEX	: Comercio Exterior
ENAHO	: Encuesta Nacional de Hogares
INEI	: Instituto Nacional de Estadística e Informática

ABREVIATURAS

D.L.	: Decreto Legislativo
D.S.	: Decreto Supremo
Art.	: Artículo
Et al.	: y otros
Etc.	: así sucesivamente
N°	: número

GLOSARIO DE TÉRMINOS BÁSICOS

Derechos Fundamentales. - Constituyen una manifestación de la dignidad de la persona humana y tienen una posición central en el ordenamiento jurídico, esa centralidad implica a su vez previsión de mecanismos jurídicos que garanticen su eficacia real.

Derechos Humanos. – Son aquellos derechos que tenemos básicamente por existir como seres humanos; no están garantizados por ningún estado. Estos derechos universales son inherentes a todos nosotros, con independencia de la nacionalidad, género, origen étnico o nacional, color, religión, idioma o cualquier otra condición.

Empleador. - Persona natural o jurídica que ejerce el poder económico y por ende ejerce la dirección, supervisión y fiscalización del trabajador a su cargo.

Micro y Pequeña Empresa. - Es la unidad económica constituida por persona natural o jurídica, bajo cualquier forma de organización o gestión empresarial, que genera rentas de 3º categoría conforme a la Ley del Impuesto a la Renta, con finalidad lucrativa.

Organización Internacional de Trabajo. - Es un organismo especializado de las Naciones Unidas que se ocupa de los asuntos relativos al trabajo y las relaciones laborales.

Trabajador. - Persona natural que presta servicios de manera personal, remunerada y bajo subordinación a favor de su empleador.

RESUMEN

La Constitución Política del Perú enfatiza en su artículo 1 que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad constituyen el fin supremo de la sociedad y del Estado. Además, el artículo 10 subraya el reconocimiento estatal del derecho universal y progresivo a la seguridad social para la protección frente a contingencias legales y la mejora de la calidad de vida. En el mismo sentido, el artículo 23 declara que el trabajo es objeto de atención prioritaria por parte del Estado, protegiendo especialmente a la madre, a los menores de edad y a las personas con discapacidad que trabajan.

Este estudio se centró en determinar los impactos jurídicos y sociales derivados de la vulneración al subsidio por maternidad de las trabajadoras gestantes en el régimen laboral de la microempresa. Utilizando un enfoque cualitativo y un diseño no experimental, la metodología empleada se orientó al análisis explicativo-propositivo. Las técnicas incluyeron métodos analítico-sintético, hipotético-deductivo, dogmático y hermenéutico, con un enfoque en el análisis de información documental, doctrinal y legal relevante. El análisis se centró principalmente en el Decreto Legislativo N° 1086 y el Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE.

Los hallazgos indican que la vulneración al subsidio por maternidad en las trabajadoras gestantes de microempresas conduce a discriminación, desigualdad y transgresión de derechos fundamentales, destacando la necesidad urgente de abordar estas injusticias a nivel legal y social.

Palabras clave: Trabajadora gestante, subsidio por maternidad, régimen de Microempresa, seguro integral de salud.

ABSTRACT

The Political Constitution of Peru emphasizes in its article 1 that the defense of the human person and the respect for their dignity constitute the supreme purpose of society and the state. Additionally, Article 10 highlights the state's recognition of the universal and progressive right to social security for protection against legal contingencies and the improvement of quality of life. Similarly, Article 23 states that work is the focus of priority attention by the state, especially protecting mothers, minors, and people with disabilities who are employed.

This study focused on determining the legal and social impacts resulting from the violation of the maternity subsidy for pregnant workers in the microenterprise labor regime. Using a qualitative approach and a non-experimental design, the methodology used was aimed at explanatory-propositive analysis. Techniques included analytic-synthetic, hypothetical-deductive, dogmatic, and hermeneutic methods, focusing on the analysis of relevant documentary, doctrinal, and legal information. The analysis was primarily centered on Legislative Decree No. 1086 and Supreme Decree No. 013-2013-PRODUCE.

The findings indicate that the violation of the maternity subsidy for pregnant workers in microenterprises leads to discrimination, inequality, and transgression of fundamental rights, highlighting the urgent need to address these injustices at a legal and social level.

Keywords: *Pregnant worker, maternity subsidy, microenterprise regime, comprehensive health insurance.*

INTRODUCCIÓN

Es crucial reconocer que la economía de un país tiene una importancia fundamental en la era moderna. En este contexto, resulta pertinente discutir el papel de las microempresas como unidades económicas que fomentan el progreso y el desarrollo económico nacional. Las microempresas emergen como un mecanismo legítimo que permite a los propietarios de negocios iniciar actividades comerciales y beneficiarse de incentivos relacionados con gastos laborales, reduciendo así los problemas asociados con la informalidad laboral, tales como demandas, vulneración de derechos y sanciones económicas por parte de las autoridades laborales.

A pesar de los esfuerzos por regular adecuadamente el régimen de la microempresa, se observa una tendencia a enfocarse predominantemente en los beneficios para los empresarios, tanto laborales como tributarios. Sin embargo, se está descuidando un aspecto trascendental: el recurso humano. Actualmente, no se está prestando suficiente atención a los derechos fundamentales de los trabajadores, incluida la seguridad social, que sirve como mecanismo de protección ante diversas contingencias que pueden enfrentar los empleados. Esta situación destaca la necesidad de un enfoque más equilibrado que considere tanto las necesidades empresariales como los derechos de los trabajadores.

Este estudio aborda los impactos jurídico-sociales derivados de la negación del subsidio por maternidad a las trabajadoras gestantes en microempresas, evidenciando una clara discrepancia entre las normativas que regulan dicho subsidio y las exigencias laborales, a la luz de lo estipulado por la Constitución y los estándares internacionales, como el Convenio 183 de la OIT. Además, se analiza la importancia de adecuar la legislación laboral para garantizar un equilibrio que

proteja a los trabajadores, reconocidos como la parte más vulnerable en la relación laboral, y al mismo tiempo, ofrezca ventajas sustentables para los microempresarios, promoviendo así el empleo digno.

La metodología adoptada ha sido cualitativa con un diseño no experimental, orientado hacia un enfoque explicativo-propositivo. Se han empleado métodos analítico-sintético, hipotético-deductivo, dogmático y hermenéutico, utilizando como principales unidades de análisis el D. L. N° 1086 y el Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE. La recopilación de datos se ha realizado mediante el análisis de documentos legales y fuentes doctrinales pertinentes al ámbito laboral, lo que ha permitido fundamentar la hipótesis del investigador.

Esta investigación es crucial, pues revela que la denegación del subsidio por maternidad no solo entra en conflicto con las normativas internacionales, sino que también transgrede principios fundamentales como la igualdad y la progresividad en materia laboral. El estudio enfatiza la necesidad de una revisión normativa que alinee las leyes laborales con los compromisos internacionales y los derechos fundamentales de los trabajadores, promoviendo un entorno laboral justo y equitativo para las trabajadoras gestantes en microempresas.

El presente trabajo ha sido estructurado en cuatro capítulos:

El Capítulo I, titulado “Aspectos Metodológicos”, detalla la metodología empleada a lo largo de la investigación. Se destaca el planteamiento del problema, destacando la actual relevancia del tema y la vulneración de derechos fundamentales dentro del régimen laboral de la microempresa. Asimismo, se expone la justificación de la investigación, resaltando su importancia y las razones para elegir este enfoque específico.

Dentro de este capítulo, se delimita el estudio como una investigación cualitativa, se formulan los objetivos, hipótesis y categorías de análisis, y se describen los métodos utilizados: analítico sintético, hipotético deductivo, dogmático y hermenéutico. Además, se especifica la técnica e instrumento de recopilación de datos, que consiste en el análisis de documentos legales relevantes mediante el fichaje.

El Capítulo II, “Marco Teórico”, recoge contribuciones de diversos autores cuyos trabajos guardan similitudes con esta investigación. Se discuten teorías que sustentan el estudio, el enfoque sobre la seguridad social y el marco jurídico aplicable a las microempresas en nuestro país. Se enfatiza la importancia del subsidio por maternidad como un derecho fundamental y se incluyen opiniones de especialistas, quienes argumentan que la protección a la madre gestante debe ser una prioridad social y estatal.

En el Capítulo III, “Contrastación de Hipótesis”, se examina la hipótesis propuesta frente a la normativa actual, concluyendo que la vulneración al subsidio por maternidad en las trabajadoras gestantes de microempresas genera discriminación, desigualdad y transgresión de derechos fundamentales.

El Capítulo IV, “Propuesta Legislativa”, presenta una iniciativa para modificar el artículo 9 del D.L. N° 1086, Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente. Esta propuesta busca mejorar las condiciones laborales y asegurar la protección efectiva de los derechos de las trabajadoras gestantes en el sector de la microempresa.

Finalmente se presentan las conclusiones, recomendaciones y referencias.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1. Contextualización o problemática

El régimen laboral de la microempresa en Perú ha enfrentado desafíos normativos desde la promulgación del Decreto Legislativo N° 1086, “Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente”, el 28 de junio de 2008, y su posterior modificación por el Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE, del 27 de diciembre de 2013. Estas normativas han restringido especialmente el derecho a la seguridad social en cuanto al subsidio por maternidad para las trabajadoras de este sector, limitando así su acceso a beneficios fundamentales previstos por el sistema de seguridad social.

La Constitución Política del Perú declara en su artículo 1 que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad constituyen el fin supremo de la sociedad y del Estado. Asimismo, el artículo 10 reconoce el derecho universal y progresivo de todas las personas a la seguridad social, asegurando protección ante contingencias legales y fomentando la mejora de la calidad de vida. El artículo 23 subraya que el trabajo, en todas sus formas, recibe atención prioritaria del Estado, que brinda protección especial a madres, menores de edad y personas con discapacidades laborales.

Adicionalmente, el artículo 58 respalda la iniciativa privada como motor esencial para el progreso y desarrollo nacional.

Por un lado, la seguridad social representa un derecho fundamental garantizado a las personas, cuya protección y tutela recaen sobre el Estado para salvaguardar contra contingencias como invalidez, enfermedad, vejez, desempleo y muerte. Por otro lado, la iniciativa privada juega un papel crucial en la generación de empleo y en el impulso del desarrollo económico y social del país.

Dentro del sistema de seguridad social, las prestaciones económicas proporcionan un apoyo financiero determinante para manejar adversidades o imprevistos cotidianos. Estas incluyen subsidios por lactancia, maternidad, sepelio e incapacidad temporal, brindando un soporte esencial a los trabajadores en momentos críticos.

El enfoque de esta investigación se centra en el subsidio por maternidad, particularmente en el contexto de las trabajadoras gestantes vinculadas al régimen de la microempresa. Estas trabajadoras no acceden al subsidio de EsSalud, sino que están afiliadas al Sistema Integral de Salud (SIS), conforme lo establece el artículo 9 del Decreto Legislativo N° 1086. Este decreto, que promueve la competitividad, formalización y desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, fue modificado por el Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE, Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial.

Este régimen fue establecido con el objetivo de apoyar a los pequeños empresarios, permitiéndoles surgir y desarrollarse dentro de un marco empresarial formal. Al cumplir con las normativas laborales y tributarias, se minimiza el riesgo de caer en la informalidad. En este contexto, la microempresa surge como un instrumento legal esencial que facilita a los empresarios con recursos limitados la oportunidad de generar empleo de manera formal y sostenible.

Dentro de la teoría de los derechos fundamentales, como lo expone Alexy (1997), el principio de igualdad ante la ley implica tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual. Sin embargo, esta norma no se cumple en el caso de las trabajadoras gestantes del régimen laboral de la microempresa que están afiliadas al Sistema Integral de Salud (SIS) y no reciben el subsidio por maternidad, a diferencia de aquellas afiliadas al seguro social de salud (EsSalud). Esto constituye una vulneración de un derecho laboral fundamental: la protección a la maternidad. Este incumplimiento es especialmente grave considerando que la Constitución Política del Perú en su artículo 1 proclama que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Asimismo, el artículo 10 reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, y el artículo 23 establece que el trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual brinda protección especial a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.

De acuerdo con la Constitución Política, que actúa como norma suprema, se establecen las directrices sobre cómo deben gestionarse los derechos de las personas y los trabajadores dentro de las relaciones laborales, incluyendo la necesidad de que el Estado asegure y proteja los derechos de las madres trabajadoras. En este sentido, las trabajadoras gestantes deben recibir una protección especial por parte del Estado. Sin embargo, como se mencionó anteriormente, el régimen laboral de la microempresa no se ajusta con las disposiciones de nuestra Carta Magna, ni con las del artículo 4 del Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo, lo que representa un claro incumplimiento en la protección de estos derechos fundamentales.

Por otro lado, aunque la legislación sobre microempresas tiene como objetivo fomentar la formalización y estimular el desarrollo productivo y crecimiento empresarial, las estadísticas actuales indican resultados contraproducentes. De hecho, la informalidad laboral no ha disminuido. Según datos del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) y el Centro de Investigación de Economía y Negocios – ADEX, desde la implementación de la legislación de formalización empresarial en 2008, el empleo formal ha experimentado un declive. Adicionalmente, la Encuesta Nacional de Hogares – ENAHO del año 2020 revela que la informalidad laboral alcanzó un 85.4%, evidenciando un aumento significativo.

Además, no se ha considerado adecuadamente la protección especial que la Constitución Política del Perú garantiza a las trabajadoras gestantes en su artículo 23. En la práctica, se ha dado prioridad a los beneficios empresariales sobre los derechos laborales de estas trabajadoras, ignorando los principios de progresividad laboral y universalidad de la seguridad social que deberían regir estas protecciones.

1.1.2. Descripción del problema

El problema central de esta investigación se centra en la contradicción normativa dentro del régimen laboral de la microempresa, especialmente tras la promulgación del Decreto Legislativo N°1086 y su modificatoria, el Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE. Estas leyes, destinadas a promover la competitividad y el desarrollo de las micro y pequeñas empresas, han limitado inesperadamente el acceso al subsidio por maternidad para las trabajadoras gestantes afiliadas al Sistema Integral de Salud (SIS) y no a EsSalud, lo cual plantea un problema epistemológico significativo. Se observa una vulneración del derecho a la seguridad social, en contraste con lo establecido por la Constitución Política del Perú y el Convenio 183 de la OIT, que resaltan la protección como un derecho fundamental. Este dilema epistemológico subraya la tensión entre la formalización empresarial y la protección efectiva de los derechos laborales fundamentales, especialmente en lo referente a la seguridad social y la igualdad ante la ley.

1.1.3. Formulación del problema

¿Cuáles son los efectos jurídico-sociales respecto a la denegatoria del subsidio por maternidad de las trabajadoras gestantes pertenecientes a la microempresa?

1.2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Este estudio es decisivo ya que identifica los impactos jurídico-sociales resultantes de la vulneración de un derecho laboral fundamental: la protección social de las trabajadoras gestantes en el régimen de la microempresa. A través de la investigación, se destaca la importancia del derecho laboral y la seguridad social, proporcionando a la comunidad jurídica evidencia trascendente que demuestra cómo la vulneración del subsidio por maternidad contribuye a la discriminación, desigualdad, desprotección de derechos laborales y transgresión de derechos fundamentales.

En Perú, el fomento del empleo por parte del Estado se realiza mediante una legislación que refleje la realidad nacional. Se ha establecido un marco normativo para impulsar y promover la microempresa, con el fin de que los pequeños empresarios puedan afrontar costos laborales y tributarios, reduciendo así la informalidad prevalente en el país.

La intención de este trabajo no es ofrecer un análisis exhaustivo de la regulación de la microempresa, sino destacar las discrepancias específicas relacionadas con dicho subsidio dentro de este régimen laboral, analizadas a la luz de la Constitución Política del Perú y del Convenio 183 de la OIT. Además, el estudio busca identificar aspectos de la normativa actual sobre la regulación de la microempresa que sean inadecuados, proponiendo modificaciones legislativas necesarias.

Este trabajo no solo se centra en los aspectos normativos, sino que también propone una revisión de la legislación vigente, ofreciendo una nueva visión de justicia. Se pretende resaltar la desprotección del derecho a la seguridad social, específicamente en lo relacionado al subsidio por maternidad, debido a la legislación actual promulgada bajo el D.L. N° 1086 y sus modificaciones. Esto ha provocado que las trabajadoras gestantes dentro de este régimen no puedan acceder al subsidio por maternidad, creando una desigualdad palpable frente a otras trabajadoras que sí lo reciben.

Asimismo, la investigación servirá para informar a la comunidad jurídica, a los operadores de derecho y a las madres trabajadoras gestantes en este régimen, facilitando la formulación de soluciones legales para abordar esta inequidad en el acceso a la prestación económica del subsidio por maternidad.

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. General

Determinar los efectos jurídico-sociales respecto a la denegatoria del subsidio por maternidad de las trabajadoras gestantes pertenecientes a la microempresa.

1.3.2. Específicos

A. Analizar la transgresión de los derechos fundamentales en la seguridad social en relación con el subsidio por maternidad de la trabajadora gestante en el régimen laboral especial de la microempresa a partir del D.L. N° 1086 y su modificatoria a través del D.S. 013-2013-PRODUCE.

- B.** Determinar la incompatibilidad entre el D.L. N° 1086, en el extremo referido al subsidio por maternidad en el régimen laboral especial de la microempresa y la Constitución Política del Perú y el Convenio 183 de la OIT.
- C.** Analizar la vulneración del principio de igualdad y progresividad laboral respecto a la denegatoria del subsidio por maternidad de las trabajadoras gestantes pertenecientes a la microempresa
- D.** Elaborar una propuesta de modificatoria legislativa en relación con el subsidio por maternidad en el régimen laboral especial de la microempresa.

1.4. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. Delimitación teórica

El presente trabajo está enfocado a exponer los efectos jurídico-sociales en la vulneración al subsidio por maternidad de las trabajadoras gestantes pertenecientes a la microempresa, dentro del marco de los artículos 1, 10 y 23 de la Constitución Política del Perú; así como del artículo 6 del Convenio 183 de la OIT.

Se analizó además el artículo 9 del del Decreto Legislativo N° 1086, Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, modificado por el Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE, Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial.

1.4.2. Delimitación espacial

Por la naturaleza de la investigación, no es factible determinar un límite espacial específico; sin embargo, se hace hincapié que el presente estudio se encuentra delimitado dentro del territorio peruano, puesto que es una norma que tiene efecto en todo el territorio nacional.

1.4.3. Delimitación temporal

La delimitación temporal no aplica en la presente investigación, dada naturaleza.

1.5. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN

La limitación más resaltante para el desarrollo de la investigación ha sido la falta de información respecto de trabajadoras gestantes pertenecientes al régimen de la microempresa que hayan realizado denuncias ante la Autoridad Administrativa de Trabajo o que hayan interpuesto una demanda laboral ante el Poder Judicial. En ese sentido, se ha tenido que recurrir a los datos generales de algunas microempresas que pertenecen al régimen MYPE para establecer si se otorgó el subsidio por maternidad.

1.6. TIPOS Y NIVEL DE TESIS

1.6.1. De acuerdo con el fin que persigue

A. Básica

Este estudio es fundamentalmente dogmático, lo que significa que se centra en el análisis e interpretación de normas jurídicas. Este enfoque involucra examinar cómo las leyes y regulaciones existentes impactan y se relacionan con la realidad jurídico-social de las trabajadoras gestantes en el ámbito de las microempresas.

La naturaleza básica de esta investigación se deriva de su objetivo principal: explorar y profundizar en los conocimientos teóricos sobre el tema. No busca desarrollar o probar nuevas teorías; en cambio, su meta es ampliar la comprensión teórica de las conexiones entre la legislación y los efectos sociales que esta provoca en un grupo específico. Al esforzarse por establecer una relación entre el sistema normativo y la realidad social de estas trabajadoras, la investigación se adentra en un análisis fundamental que puede servir como base para futuros estudios aplicados o políticas que busquen resolver los problemas identificados.

1.6.2. De acuerdo con el nivel de conocimiento

A. Descriptiva

Es una investigación descriptiva porque su principal objetivo es detallar, explicar y caracterizar la naturaleza y circunstancias de la vulneración del subsidio por maternidad en este específico contexto laboral.

En este caso, el estudio describe las condiciones y normativas que impactan a las trabajadoras gestantes en las microempresas, analizando cómo las leyes y prácticas vigentes afectan sus derechos a la seguridad social y maternidad. Al detallar la situación actual de estas trabajadoras, el estudio ayuda a comprender las consecuencias prácticas y sociales de las políticas y legislaciones existentes, identificando áreas de conflicto entre la legislación y su implementación real.

B. Explicativa

Es una investigación explicativa porque busca identificar las causas y efectos de la vulneración del subsidio por maternidad en este contexto específico. Este tipo de estudio no solo se limita a describir las condiciones y normativas que afectan a las trabajadoras, sino que también profundiza en las razones detrás de estas vulneraciones y las consecuencias que generan.

El enfoque explicativo de la investigación se centra en entender por qué las trabajadoras gestantes en microempresas no reciben el subsidio por maternidad y cómo esta situación impacta sus derechos laborales y sociales. Analiza la relación entre las políticas y regulaciones vigentes, como el Decreto Legislativo N° 1086 y el Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE, y sus efectos en la realidad jurídica y social de estas trabajadoras. Al hacer esto, el estudio pretende esclarecer las conexiones causales entre la legislación y la desprotección de los derechos laborales, aportando una comprensión más profunda de las dinámicas subyacentes y proponiendo posibles soluciones para mitigar estas vulneraciones. En resumen, este estudio es explicativo porque busca esclarecer las causas y efectos de la problemática abordada, ofreciendo una comprensión integral de los factores que influyen en la vulneración de los derechos de las trabajadoras gestantes en microempresas.

C. Propositiva

Es una investigación propositiva debido a que, tras identificar una incompatibilidad entre la Constitución Política del Perú y el Convenio 183 de la OIT con el Decreto Legislativo N° 1086, plantea una solución concreta. Específicamente, el estudio no se limita a describir o explicar la problemática, sino que avanza un paso más al sugerir una propuesta legislativa para modificar el artículo 9 del Decreto Legislativo N° 1086. Esta propuesta busca alinear la legislación nacional con los estándares constitucionales e internacionales, asegurando así la protección adecuada de los derechos laborales de las trabajadoras gestantes en las microempresas.

1.7. HIPÓTESIS

Los efectos jurídico-sociales respecto a la denegatoria del subsidio por maternidad de las trabajadoras gestantes pertenecientes a la microempresa son:

- A.** La transgresión de derechos fundamentales.
- B.** Incompatibilidad con la Constitución Política y el convenio 183 de la OIT.
- C.** Vulneración al principio de igualdad y progresividad laboral.

1.7.1. Variables

Por la naturaleza de investigación es cualitativa no experimental, no presenta variables de investigación.

1.7.2. Componentes hipotéticos

- Derechos fundamentales en el ámbito laboral de las madres gestantes.
- Incompatibilidad con la Constitución Política y el convenio 183 de la OIT.
- Principio de igualdad
- Principio de progresividad laboral.

1.8. MÉTODOS

Hernández et al. (2014) afirman que se refiere a todas las fases y procedimientos que el investigador emplea para adquirir nuevos conocimientos o resolver problemas que surgen en la vida cotidiana. Esto implica seleccionar el método más adecuado o el procedimiento más idóneo para alcanzar un objetivo específico.

En ese sentido, de acuerdo con la investigación que se ha desarrollado, los métodos utilizados son

1.8.1. Genéricos

1.8.1.1.1. Analítico sintético

El método analítico-sintético facilitó un análisis detallado y luego una síntesis integral de la normativa y su impacto, permitiendo identificar y proponer soluciones a las vulneraciones de derechos en el contexto del subsidio por maternidad para las trabajadoras gestantes en microempresas. En primer lugar, se realizó un análisis particularizado de la información, descomponiendo la información relevante en elementos más pequeños para examinar sus causas, efectos y naturaleza. Esto permitió un entendimiento detallado de cada

componente del problema, específicamente en relación con el artículo 9 del Decreto Legislativo N° 1086, que trata sobre la seguridad social y el subsidio por maternidad de las trabajadoras gestantes.

Luego se integraron estos análisis individuales para formar una visión completa y coherente del problema. Se relacionaron los hallazgos individuales entre sí, permitiendo una comprensión integral del impacto de dicha normativa en los derechos de las trabajadoras gestantes.

Además, el método permitió comparar este régimen laboral con la Constitución Política del Perú, evaluándola desde la perspectiva de la persona humana como fin supremo de la sociedad y del Estado. Esto implicó examinar si las trabajadoras gestantes gozaban de los derechos fundamentales mínimos garantizados por la Constitución.

Asimismo, se utilizaron estos enfoques para comprender y relacionar instituciones jurídicas como la igualdad de derechos, la protección de derechos laborales y el derecho al subsidio por maternidad, comparando estas instituciones con la normativa vigente, la Constitución Política del Perú y el Convenio 183 de la OIT.

1.8.1.1.2. Hipotético deductivo

Este método consiste en determinar una probable hipótesis y posteriormente comprobarla o rechazarla (Carrasco, 2005).

Se realizó un análisis detallado de los efectos prácticos y jurídicos de la aplicación del artículo 9 del Decreto Legislativo

N° 1086, particularmente en relación con el subsidio por maternidad. Luego, se verificó si la normativa vigente cumplía con los estándares establecidos en la Constitución y el Convenio 183 de la OIT, evaluando si garantizaba los derechos fundamentales, la igualdad y la progresividad laboral.

Además, se revisaron casos concretos y datos empíricos proporcionados por entidades como la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo, para observar el impacto real de la normativa en las trabajadoras gestantes en microempresas. Esta evidencia empírica permitió evaluar la hipótesis inicial en función de los datos y el análisis normativo realizado.

Finalmente, se determinó si la hipótesis era confirmada o rechazada basándose en la evidencia recolectada y el análisis comparativo con la normativa. Este enfoque sistemático y riguroso permitió pasar de una hipótesis preliminar a una conclusión fundamentada, ofreciendo una comprensión integral de los efectos jurídico-sociales de la vulneración del subsidio por maternidad en las trabajadoras gestantes pertenecientes a la microempresa.

1.8.2. Métodos específicos o propios del Derecho

1.8.2.1.1. Dogmático

Este método consiste en analizar el ordenamiento jurídico, para comprenderlo, luego de lo cual se podrá trasladar su conocimiento en busca de mejorarlo y perfeccionarlo (Herrera, 2002).

Este método se aplicó debido a la necesidad de analizar e interpretar normativas específicas y sus implicaciones jurídicas. En esta investigación, se examinó el Decreto Legislativo N° 1086, particularmente el artículo 9°, que trata sobre la seguridad social y el subsidio por maternidad para las trabajadoras gestantes en el régimen de la microempresa. Este análisis detallado se complementó con el estudio de la Constitución Política del Perú y el Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo.

Además, se abordaron y analizaron categorías jurídicas esenciales como la igualdad de derechos, los derechos fundamentales, la protección de los derechos laborales y el derecho al subsidio por maternidad. El enfoque dogmático permitió interpretar cómo estas normativas y categorías jurídicas interactúan y se aplican en la práctica, destacando las inconsistencias y vulneraciones que se producen en el contexto de las trabajadoras gestantes en microempresas.

La aplicación del método dogmático fue fundamental para establecer una base sólida de comprensión jurídica, permitiendo identificar las discrepancias entre las leyes nacionales y los estándares internacionales, y evaluar cómo estas discrepancias afectan los derechos de las trabajadoras. Este método proporcionó el rigor necesario para fundamentar la investigación y proponer posibles modificaciones legislativas, asegurando así una protección más efectiva de los derechos laborales en este sector.

1.8.2.1.2. Hermenéutico

Este método consiste en interpretar y comprender los textos de manera adecuada y correcta, es decir, la forma que un texto adquiere un significado (Bernal, 2010).

Este método se aplicó para interpretar de manera rigurosa el Decreto Legislativo N° 1086, específicamente el artículo 9, que trata sobre la seguridad social, permitiendo analizar la normativa en consonancia con la Constitución Política del Perú y el Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo. El enfoque dogmático facilitó la identificación y comprensión de las disposiciones legales y su aplicación práctica, proporcionando una base sólida para evaluar cómo estas normativas afectan los derechos de las trabajadoras gestantes en el régimen de la microempresa. Al interpretar las leyes y comparar su coherencia con los principios constitucionales y los estándares internacionales, la investigación pudo resaltar las inconsistencias y vulneraciones presentes en la legislación actual.

Esta metodología permitió fundamentar las conclusiones y recomendaciones del estudio, asegurando que se basen en una interpretación jurídica precisa y detallada, contribuyendo así a proponer mejoras legislativas que alineen mejor las normativas nacionales con los derechos fundamentales de las trabajadoras.

1.9. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

1.9.1. Técnicas

1.9.1.1. Análisis documental

Esta técnica consiste en el análisis de los dispositivos legales pertinentes al tema en cuestión, lo que permitió sustentar la hipótesis planteada por el investigador. Esta técnica, también conocida como análisis de registro documental (Quiroz, 1998), tuvo como objetivo recopilar material documental relacionado con la temática del estudio, especialmente la normativa a analizar, utilizando el fichaje como instrumento. Asimismo, se consideraron los objetivos e hipótesis planteadas por el investigador.

1.9.1.2. Análisis doctrinario

La técnica de análisis doctrinario consiste en revisar y examinar las opiniones, teorías y enfoques de diversos autores y expertos en el campo del derecho laboral y la seguridad social. Este análisis se enfoca en identificar y recopilar fuentes doctrinales relevantes que aborden la temática de la seguridad social, la protección de los derechos laborales, y específicamente el subsidio por maternidad. Se analizan y comparan diferentes interpretaciones y perspectivas doctrinales sobre cómo la normativa actual afecta a las trabajadoras gestantes en el régimen de la microempresa. Estas opiniones doctrinales se contrastan con la normativa vigente, incluyendo el Decreto Legislativo N° 1086, la Constitución Política del Perú y el Convenio 183 de la OIT,

para identificar posibles inconsistencias y vulneraciones de derechos.

1.9.1.3. Fichaje

La técnica del fichaje consiste en recopilar y organizar de manera sistemática la información relevante sobre el tema. Este proceso implica seleccionar documentos, normativas, artículos académicos, libros y otras fuentes pertinentes que aborden la problemática del subsidio por maternidad y su impacto en las trabajadoras gestantes en microempresas.

1.9.2. Instrumentos

1.9.2.1. Guía de análisis documental

Es un documento en el que se registraron la información más relevante de documentos normativos y afines relacionados con vulneración al subsidio por maternidad de las trabajadoras gestantes pertenecientes a la microempresa.

1.9.2.2. Guía de análisis doctrinario

Documento en el que se registró información doctrinaria relacionada con la vulneración al subsidio por maternidad de las trabajadoras gestantes pertenecientes a la microempresa.

1.9.2.3. Fichas en procesador de textos Ms. Word

Registro de información en procesador de textos Ms. Word relacionada con la doctrina, normativa, jurisprudencia y afines relacionados con la vulneración al subsidio por maternidad de las trabajadoras gestantes pertenecientes a

la microempresa.

1.10. UNIDAD DE ANÁLISIS O UNIDADES DE OBSERVACIÓN

La presente investigación, en estricto, tal como señala Witcker (2002), no tiene unidad de análisis, pero sí tiene como unidad de observación los siguientes textos normativos: D. L. N° 1086, que aprueba la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del acceso al empleo decente y Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial.

1.11. POBLACIÓN Y MUESTRA

Por su naturaleza dogmática en la investigación no se ha considerado ni muestra ni población

1.12. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Luego de la búsqueda en RENATI, se encontraron los siguientes trabajos de investigación:

Díaz, Guevara y Morejón (2012) en su trabajo relacionado con “Los derechos laborales desde el punto de vista de los principios constitucionales” para optar la Licenciatura en Ciencias Jurídicas en la Universidad de El Salvador, concluye que los derechos laborales no están protegidos completamente en El Salvador, a pesar que están plasmados constitucionalmente a través de principios, debido a que se emiten normas que favorecen al capitalismo, a pequeños grupos de poder económico. Es decir, el Estado no garantiza la adecuada protección del trabajador.

Este trabajo proporciona un contexto relevante sobre cómo los principios constitucionales pueden ser insuficientes para garantizar la protección

laboral cuando las normativas favorecen intereses económicos específicos. Al igual que en El Salvador, en el caso de las trabajadoras gestantes en microempresas, se evidencia una vulneración de derechos fundamentales debido a la falta de alineación entre la normativa vigente y los principios constitucionales de protección laboral. Este paralelo resalta la necesidad de revisar y ajustar las leyes para asegurar una protección efectiva de los derechos laborales.

De igual modo, Camaño (2014) en su investigación relacionada con el “Impacto de los beneficios laborales en relación con la ley de formalización empresarial” para obtener el título de abogado en la Universidad de Cartagena de Indias, Colombia, llegó a concluir que pocos trabajadores se encuentran afiliados al sistema de seguridad social en el país colombiano, y esto sucede porque en dicho país existe una gran informalidad laboral, limitando no solo el beneficio social de los trabajadores, sino además el crecimiento y producción de los mismos empleadores, a pesar que, la autoridad de trabajo en labor conjunta con la autoridad de comercio e industria, realizan múltiples acciones sectoriales para disminuir dicha realidad; sin embargo, no es suficiente, pues la informalidad laboral crece día a día, resultando ser los más afectados los trabajadores de diversos sectores.

Este trabajo proporciona un contexto relevante sobre cómo la informalidad laboral afecta la afiliación al sistema de seguridad social y, en consecuencia, la protección de los derechos laborales. Al igual que en Colombia, en el caso de las trabajadoras gestantes en microempresas, la informalidad laboral y la falta de una adecuada afiliación a la seguridad social resultan en una vulneración de sus

derechos, destacando la necesidad de reformas legales y políticas para asegurar una protección efectiva y reducir la informalidad laboral.

Al respecto Lora (2008) En su artículo denominado “El nuevo régimen laboral de la micro y pequeña empresa” llega a la conclusión que los trabajadores afiliados a este régimen tienen un trato desigual frente a trabajadores de otros regímenes laborales. Asimismo, manifiesta que el problema de este régimen laboral especial es su carácter permanente.

Para Puntriano (2008) en un interesante artículo que lleva por nombre “Análisis de la constitucionalidad del régimen laboral especial de las micro y pequeñas empresas” nos menciona que el principal problema de este régimen especial es la permanencia; ya que, al tratarse de un régimen excepcional, promotor, debió sujetarse a un término de vigencia.

Estas conclusiones proporcionan un contexto relevante para entender cómo el carácter permanente y excepcional de este régimen puede contribuir a la vulneración de derechos laborales, incluyendo el subsidio por maternidad, al no estar alineado con los principios de igualdad y justicia laboral.

Asimismo, Sánchez (2012) En “Una visión ponderada de la legislación laboral” nos señala que el problema en el régimen de la microempresa es el carácter permanente, pues la pertenencia al régimen laboral especial dependerá del control por parte del empleador de las características que determinan si una empresa es micro o pequeña empresa. Razón por la cual, este régimen al no tener carácter temporal, constituye una medida discriminatoria y, por ende, inconstitucional.

Por otro lado, Quispe (2010) en su libro denominado “La seguridad social” menciona que la seguridad social es un conjunto de normas y principios con la finalidad de proteger las situaciones de necesidad de los sujetos frente a determinados riesgos y eventualidades que provoquen en ellos situaciones de necesidad. Así, la atención de estas ocurrencias se manifiesta a través de dos tipos de prestaciones. Por un lado, las prestaciones económicas las cuales se materializan por el pago de la pensión que puede obedecer a jubilación, invalidez, viudez, orfandad y sobrevivencia. Por otro lado, tenemos las prestaciones de salud, que implican las atenciones médicas y/o económicas de las contingencias físicas y/o mentales de los asegurados y sus familiares.

Chacaltana (2008) En su trabajo denominado “Una evaluación del régimen laboral especial para la microempresa en Perú, al cuarto año de vigencia” nos indica que debe recordarse siempre que la formalización no es el objetivo de las políticas laborales, sino la mejora de las condiciones de trabajo y la inclusión de los trabajadores en los regímenes de protección social. Reducir los requisitos de la formalidad, pueden en el extremo generar empleos formales, pero precarios. El objetivo de la política pública en materia de Mype, por la cantidad de trabajadores involucrados, debe en todo momento pensar en las condiciones de trabajo de quienes laboran en ellas, y para eso, las políticas de apoyo a su competitividad son una necesidad impostergable, dicho de otra manera, se debe priorizar la Seguridad Social por encima del fomento al desarrollo del país a través de la microempresa.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. MARCO IUSFILOSÓFICO

Los fundamentos de la dignidad sustentan esta investigación al enfatizar la necesidad de reconocer y proteger los derechos humanos básicos de las trabajadoras gestantes, destacando la imperativa moral y jurídica de garantizar un trato justo y equitativo en el ámbito laboral. Este principio establece que todas las personas, independientemente de su condición, deben ser tratadas con respeto y justicia, y es la base para la protección de los derechos fundamentales.

En el contexto de la investigación, la dignidad se relaciona directamente con la protección de los derechos laborales y sociales de las trabajadoras gestantes. La negación del subsidio por maternidad no solo representa una vulneración de sus derechos laborales específicos, sino que también atenta contra su dignidad como personas. Al no recibir el apoyo necesario durante el periodo de maternidad, estas trabajadoras enfrentan discriminación, desigualdad y una falta de reconocimiento de su valor y derechos inherentes.

La dignidad como sustento ius filosófico proporciona una base sólida para argumentar que cualquier legislación o práctica que comprometa los derechos fundamentales de las trabajadoras, como el derecho a la seguridad social y al subsidio por maternidad, es inherentemente injusta y debe ser revisada y corregida. Este principio impulsa la necesidad de reformas legales que aseguren una protección efectiva y equitativa, alineada con los estándares constitucionales y los convenios

internacionales.

Por otro lado, la presente investigación también considera como sustento a los fundamentos del Estado Constitucional de Derecho porque en un Estado Constitucional de Derecho, la Constitución no solo organiza el poder político y las instituciones del Estado, sino que también protege los derechos humanos y establece los principios de igualdad, justicia y legalidad. Este marco proporciona una base sólida para evaluar y criticar las políticas y leyes que afectan los derechos de los ciudadanos, como en el caso de las trabajadoras gestantes en microempresas.

Al aplicar los principios del Estado Constitucional de Derecho en esta investigación, se puede argumentar que la normativa que vulnera el subsidio por maternidad de las trabajadoras gestantes contraviene los principios constitucionales de protección a los derechos fundamentales. La Constitución Política del Perú, como norma suprema, establece la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, así como el derecho universal y progresivo a la seguridad social.

El análisis de cómo las leyes y políticas actuales, como el Decreto Legislativo 1086, alinean (o no) con estos principios constitucionales es crucial. Si se encuentran discrepancias o vulneraciones, estas deben ser corregidas para asegurar que las leyes nacionales cumplan con las obligaciones constitucionales y los estándares internacionales, como el Convenio 183 de la OIT.

Asimismo, la teoría de los derechos fundamentales también se considera como sustento de la presente investigación porque establece que el Estado tiene la obligación de garantizar y proteger estos

derechos a través de su legislación y políticas. En el contexto de la investigación, esta teoría proporciona un marco normativo y ético para analizar cómo las normativas actuales, como el Decreto Legislativo 1086, afectan los derechos de las trabajadoras gestantes, específicamente en relación con el subsidio por maternidad. Aplicar los fundamentos de esta teoría permite argumentar que la negación o limitación del subsidio por maternidad no solo viola un derecho laboral específico, sino que también transgrede derechos fundamentales como la igualdad, la seguridad social y la protección de la maternidad. La Constitución Política del Perú y convenios internacionales, como el Convenio 183 de la OIT, establecen claramente estos derechos, y cualquier vulneración constituye una grave falta del Estado en su deber de protección.

Además, la Teoría de los Derechos Fundamentales enfatiza la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos. Esto significa que la violación de un derecho, como el subsidio por maternidad, afecta otros derechos relacionados, como el derecho a la salud, al bienestar y a condiciones laborales justas. Este enfoque holístico refuerza la importancia de asegurar que todas las trabajadoras, incluyendo aquellas en microempresas, reciban el mismo nivel de protección y beneficios.

Como parte del discurso investigativo también se ha considerado al positivismo jurídico incluyente porque esta corriente del pensamiento jurídico sostiene que el derecho positivo (las normas legales vigentes) debe incluir y reflejar principios de justicia y moralidad. A diferencia del positivismo jurídico estricto, que separa claramente el derecho de la moral, el positivismo jurídico incluyente acepta que las consideraciones

morales pueden y deben influir en la interpretación y aplicación del derecho.

En el contexto de esta investigación, el positivismo jurídico incluyente proporciona un marco teórico que permite criticar y evaluar las normas vigentes no solo por su conformidad formal, sino también por su justicia material y su impacto en los derechos fundamentales. La investigación aborda cómo las normas actuales, como el Decreto Legislativo 1086, afectan los derechos de las trabajadoras gestantes, especialmente en relación con el subsidio por maternidad. Los fundamentos del positivismo jurídico incluyente sustentan esta investigación al proporcionar un marco teórico que combina el derecho positivo con principios de justicia y moralidad. Este enfoque es crucial para evaluar y proponer modificaciones a las normativas vigentes, asegurando que protejan efectivamente los derechos laborales y sociales de las trabajadoras gestantes en microempresas de manera justa y equitativa. Al aplicar los fundamentos del positivismo jurídico incluyente, se puede argumentar que la legislación debe ser evaluada y ajustada en función de principios de justicia y equidad. Esto implica que las leyes deben ser interpretadas y aplicadas de manera que promuevan los derechos humanos y la justicia social. En este caso, la vulneración del subsidio por maternidad puede ser vista como una falla no solo legal, sino también moral, que requiere una revisión y modificación legislativa para alinearse con principios de justicia.

Asimismo, este enfoque permite integrar la normativa nacional con los estándares internacionales, como el Convenio 183 de la OIT, que enfatizan la protección de los derechos laborales y sociales de las

trabajadoras gestantes. El positivismo jurídico incluyente respalda la idea de que las leyes nacionales deben incorporar y reflejar estos estándares internacionales para asegurar una protección adecuada y justa.

2.2. TEORIAS QUE RESPALDAN LA INVESTIGACIÓN

2.2.1. Los derechos humanos

A. Concepto de derechos humanos

Arias (2015), sostiene que los derechos humanos han sido producto de una constante lucha por parte de la humanidad, pues, inicialmente no estuvieron plasmados en ningún cuerpo normativo internacional. Al respecto, los define como aquellas facultades inherentes o esenciales que tienen los seres humanos sin ningún tipo de distinción, forman parte de su esencia, de su naturaleza y son universales.

Se debe tener en cuenta que la teoría de los derechos humanos tiene una base filosófica, a través de la cual tales derechos buscan ser asumidos e integrados al ordenamiento jurídico a nivel mundial para que de esta manera los valores comprendidos en los derechos humanos doten de rumbo o sentido a las acciones de las personas.

La concepción de derechos humanos ha ido evolucionando a través del tiempo, por lo que puede distinguirse su naturaleza progresiva y evolutiva, ya que inicialmente encontraba fundamento en reglas morales, libertades e ideales políticos; sin embargo, actualmente tiene una percepción más extensa, encontrando cimientos en el ser humano y respeto a su

dignidad, en principios básicos de protección social.

B. Características de los derechos humanos

- a. **Son universales.** Puesto que, se atribuyen a todos los seres humanos, por lo que pueden ser exigibles sin distinción alguna.
- b. **Son imprescriptibles.** Ya que, no se pierde tal derecho por el paso del tiempo.
- c. **Son inalienables.** Debido a que, no se pueden transmitir, vender o ceder en uso de ninguna forma.
- d. **Son indivisibles.** Esto significa que, todos son importantes, todos merecen la misma atención, no cabe la categorización entre ellos.
- e. **Son interdependientes.** Dado que, todos ellos están interrelacionados entre sí, al afectarse a uno, se afecta a los demás.

C. Fundamentación filosófica de los derechos humanos

Massini (1994) sostiene que la fundamentación de los derechos humanos es netamente filosófica y conceptualista, por eso precisa que tales derechos no necesariamente se encuentran en la normativa legal, sino en situaciones axiológicas objetivas y reales. Por lo que, considera que el verdadero fundamento de los derechos humanos está en la realidad objetiva que en ellos se expresa, dicho de otro modo, en lo humano de tales derechos.

Dentro de las teorías sobre la fundamentación de los derechos humanos tenemos cuatro:

a. Teoría iusnaturalista

Esta teoría se basa en el hecho de que el ser humano por su condición de persona tiene ciertas atribuciones inherentes a su propia naturaleza y justamente dichas facultades es lo que integra el derecho natural. Dicho de otra manera, el dato identificatorio del derecho natural lo constituye la persona humana.

Por ello, con más precisión se señala que aquel sector del orden jurídico constituido por normas, derechos y relaciones cuyo origen y fundamento es la naturaleza del hombre, es conocido como derecho natural (Hervada, 1993).

b. Teoría positivista

Dicha teoría señala que las normas jurídicas para ser tales, tienen que haber sido establecidas por el legislador, es decir, el único derecho que existe es el que ha impuesto el Estado, a través del legislador.

En tal sentido, los derechos humanos, al margen de su contenido interno, tienen su fundamento en la voluntad estatal, es decir, que sean reconocidos dentro de su ordenamiento jurídico (Pérez, 1984).

c. Teoría historicista

En esta teoría justifica su fundamentación en que los derechos humanos están cimentados principalmente en las necesidades que aquejan a la sociedad y de la manera cómo podría cubrir o satisfacer dichas necesidades.

Por esa razón, se dice que los derechos humanos están en función de los valores asumidos y defendidos en una comunidad histórica concreta. Y así como cambian los valores de una época a otra, de una cultura a otra, así también evolucionan los derechos humanos (Hernández, 1986).

d. Teoría ética o axiológica

Esta teoría sustenta los derechos humanos encuentran su base en los principios morales, en la ética, en las imposiciones de carácter necesario para que el ser humano tenga una vida digna. Por tanto, en buena cuenta, hablar de derechos humanos es lo mismo que hablar de derechos morales o éticos (Fernández, 1982).

2.2.2. Los derechos fundamentales

A. Concepto de derechos fundamentales

El maestro universitario Landa (2017) menciona que los derechos fundamentales son aquellos que encuentran sustento en la dignidad de la persona, esenciales a la propia naturaleza de este; y que, necesariamente deben estar plasmados en el texto constitucional.

Tales derechos son limitaciones a la soberanía estatal y gozan del máximo nivel de protección, por lo que, dado su importancia, el Estado se encuentra en la obligación de asegurar su cumplimiento efectivo ante la vulneración o amenaza de estos.

De la misma manera, Alexy (1993) respecto de los derechos fundamentales tiene una postura netamente constitucionalista, pues sostiene que éstos tienen una doble dimensión, una jurídica y otra ideal; en cuanto a la jurídica, necesariamente está vinculada a la constitucionalización; y en cuanto a la ideal está relacionada con los derechos humanos.

Entonces, puede decirse que los derechos fundamentales son los derechos positivizados en el ordenamiento interno de cada Estado. Así, en el ordenamiento jurídico peruano se encuentran plasmados en el capítulo I, artículo 2 de la Constitución Política de 1993.

B. Teorías de interpretación de los derechos fundamentales

En palabras del maestro Landa (2003) pueden señalarse cuatro modelos de interpretación teórica respecto de los derechos fundamentales, las cuales son los siguientes:

a. Teoría liberal

Conforme esta teoría se indica que la actuación del Estado debe quedar al margen, puesto que lo esencial para los derechos fundamentales es la dignidad de la persona (Vecchio, 1968).

En tal sentido, los derechos fundamentales se comprenden principalmente como derechos a la libertad, siendo estos de carácter ilimitado. Razón por la cual, la intervención estatal debe ser mínima dentro del ámbito de la libertad.

b. Teoría democrático funcional

En esta teoría se formula que los derechos fundamentales son vistos desde una óptica rigurosamente funcional del sistema sociopolítico del Estado (Gerstenberg, 1997).

Esta corriente se inclina más por la función que cumplen en el desarrollo político y económico del orden social, que por el contenido de los derechos mismos.

c. Teoría axiológica

Al respecto, esta teoría señala que los derechos fundamentales representan la integración cultural de valores de una sociedad y que se anteponen al ordenamiento jurídico positivo, dotándolo de legitimidad (Smend, 1928).

Siendo así, debe entenderse que esta doctrina busca una prioridad por el contenido material de tales derechos, por encima del texto literal de la norma jurídica.

d. Teoría socio estatal

Conocida también como modelo estatista, conforme esta teoría, se indica que el Estado debe establecer todas las condiciones sociales que garanticen el pleno ejercicio de los derechos fundamentales. Por lo que, el Estado se encontraría sometido a su propia voluntad, y no a la constitución ni a la costumbre (Howard, 1991).

Consecuentemente, señala que los derechos fundamentales nacen con el Estado que los representa, con una manifestación de la decisión política.

C. Supremacía de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales, plasmados en la Constitución Política de un Estado Social y Democrático de Derecho, son limitaciones a las facultades no solamente del poder estatal, sino además del poder particular.

El Tribunal Constitucional ha definido al Estado Social y Democrático como un rol activo del Estado en la economía y en la sociedad civil, con la finalidad de satisfacer las necesidades colectivas básicas, como trabajo, seguridad social, vivienda y salud, esta definición se ha dado a través de lo resuelto Expediente número 0008-2003-AI-TC, en donde señala: El Estado peruano definido por la Constitución de 1993 presenta las características básicas de Estado social y democrático de Derecho.

Así se concluye de un análisis conjunto de los artículos tres y cuarenta y tres de la Constitución Política. Asimismo, se sustenta en los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales. Principios de los que se deriva la igualdad ante la ley y el necesario reconocimiento de que el desarrollo del país se realiza en el marco de una economía social de mercado.

En tal sentido, se desprende que los derechos fundamentales tienen preeminencia sobre cualquier otro tipo de dispositivo legal que ha sido expresado por el Estado, esto se evidencia

del artículo 51 de la Constitución Política de 1993, la cual señala: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”.

2.2.3. El principio de progresividad del derecho laboral

Al respecto se debe mencionar que el derecho laboral se encuentra dentro de la escala de derechos fundamentales de carácter social dentro de la Constitución Política del Perú de 1993. Motivo por el cual, los derechos laborales son de gran relevancia, ya que, gracias a ellos las personas logran tener bienestar y desarrollo, garantizando condiciones de una vida digna.

La Constitución Política del Perú en su artículo 10 establece: “El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 26 señala:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en su artículo 2.1, establece:

Cada uno de los Estados parte en el presente pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Cabe señalar que, Barbagelata (2009) menciona que los derechos humanos fundamentales tienen una preferencia de protección internacional de los derechos sociales, por lo que es completamente factible aplicar el principio de progresividad a los derechos laborales, teniendo en cuenta que la progresividad debe ser comprendida desde la óptica de los derechos humanos.

De la misma manera, relaciona el principio de irreversibilidad como complemento del principio de progresividad, es decir, el impedimento para que no se pueda vulnerar o menoscabar derechos ya reconocidos, pues esto supondría desmejorar las condiciones favorables que tiene el trabajador, afectando indiscutiblemente derechos fundamentales.

Por otro lado, el principio tuitivo o protector, sirve como base del principio de progresividad y no regresividad, esto encuentra fundamento en el segundo y tercer párrafo del artículo 23° de la Constitución Política del Perú de 1993, cuando establece que: El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan” y ninguna relación

laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

2.2.4. El test de proporcionalidad

Qué duda cabe que los derechos fundamentales son muy importantes en el avance y evolución de la humanidad; sin embargo, conforme avanza la sociedad, también se va modificando los ideales de ésta, y las nuevas generaciones tienen sus propios ideales de modernidad.

Lo manifestado anteriormente, ha generado que muchas veces se generen conflictos respecto de qué derecho es más importante que otro, o qué derecho debe estar por encima de otro.

Cuando el problema jurídico consiste en un conflicto de principios constitucionales, se requiere aplicar el principio de proporcionalidad para examinar si en el caso concreto las posiciones enfrentadas han sido examinadas correctamente y de esta manera, establecer cuál es la más importante para darle una adecuada protección.

El Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución implementó el denominado test de proporcionalidad, a través del expediente número 579-2008-PA/TC, en donde se señalan tres subprincipios:

A. Idoneidad

Llamado también “juicio de adecuación” y esto implica que toda medida o restricción a un derecho fundamental debe ser

constitucionalmente adecuada al fin que se persigue, es decir, pertinente a la finalidad que se busca tutelar.

B. Necesidad

No debe existir otro medio alternativo que, por lo menos, muestre la misma idoneidad o eficacia para la consecución del fin propuesto y que sea benigno con el derecho afectado.

C. Ponderación

Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. Si el derecho fundamental adquiere la prioridad, ésta tendrá validez definitiva y la norma legal deberá ser declarada inconstitucional.

2.3. ENFOQUE DE LA SEGURIDAD SOCIAL

2.3.1. Concepto de seguridad social

La seguridad social es un principio que enseña y difunde el derecho de las personas, como miembros de la sociedad, a la protección contra los diferentes riesgos, actuales y futuros, mediante el conjunto de sistemas organizados que otorgan protección adecuada y valiosa para afrontar dichas circunstancias.

La Organización Internacional de Trabajo (1995), define a la seguridad social como la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que puede sufrir el trabajador ante la desaparición o reducción de sus ingresos como

consecuencia de situaciones de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo o enfermedad profesional, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda económica a las familias con hijos.

Desde nuestra norma suprema, la seguridad social ha estado plasmada como un derecho fundamental, tanto en la Constitución Política del Perú de 1979, como en la Constitución Política del Perú de 1993.

Entonces, se puede concebir la idea de seguridad social como algo inherente al ser humano, que sirve de protección ante las contingencias que sufre la persona que vive y se desarrolla dentro de una sociedad.

2.3.2. Principios de la seguridad social

A. Principio de universalidad

Los beneficios que brinda la seguridad social deben alcanzar a todas las personas, sin distinciones ni restricciones de ninguna índole (Martínez, 1998).

En ese marco, es que ha sido estructurado y desarrollado la seguridad social para que no haya limitaciones de carácter contributivo, social, económico o laboral, para la totalidad de las personas.

B. Principio de solidaridad

Martínez (1998) señala que este principio es uno de los

fundamentos esenciales de la seguridad social, teóricamente por este principio quien aporta más debe de ayudar al que aporta menos. Por lo que, la administración debe efectuar la distribución equitativa de los aportes con la oportunidad en que lo solicite el afectado para su asistencia, a fin de que en toda ocasión que se requiera existan fondos de previsión suficientes como para atender a los titulares del derecho como a sus derechohabientes con las aportaciones que se ofrecen y que deben otorgarse por mandato legal. En tal sentido, esto implica la obligación de la sociedad entera de brindar protección a las personas por diferentes circunstancias, y el deber de los sectores con mayores recursos para contribuir a financiar la seguridad social de las personas con menos recursos, en virtud de la distribución racional de los fondos de previsión y al valor moral y ético que, como imperativo categórico, obliga a los seres humanos a prestarse ayuda mutua.

Es necesario aclarar, que este principio no es aplicable al Sistema Privado de Pensiones en el que se manejan Cuentas Individuales de Capitalización.

C. Principio de integralidad

Consiste en extender la cobertura del sistema a todas las eventualidades que afectan la salud, la capacidad económica y en general todas las condiciones de vida de toda la población. Cada cual contribuirá de acuerdo con la capacidad que tiene (Revilla, 2010).

D. Principio de participación

Es la intervención de la sociedad a través de los beneficiarios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema (Martínez, 1998).

E. Principio de justicia social

Martínez (1998) menciona que este principio involucra conceptos éticos muy profundos, como son la equidad y la justicia misma. El trabajo es la actividad humana que permite al hombre desarrollarse como tal para alcanzar su realización tanto personal como social, con tal que sea digno y justamente remunerado; pero en la realidad, las condiciones de trabajo que subsisten en el país hacen que la calidad de vida del trabajador, en muchos casos, sea paupérrima.

Es entonces, cuando la Seguridad Social debe operar incorporando a su sistema de previsión a la masa trabajadora sometida a precarias condiciones de vida y, en atención al principio de justicia social, hacerla prevalecer en salvaguarda de los sectores de menores recursos, pues su derecho a la protección como persona humana y su dignidad está por encima de todo.

2.3.3. La seguridad social en instrumentos normativos internacionales y nacionales

A. Marco de la seguridad social en la normatividad internacional

Las normas internacionales en el ámbito laboral han sido muy

importantes en el establecimiento de las bases para el progreso de las sociedades modernas. Las normas concernientes a la seguridad social forman parte del cuerpo normativo general y como tal su conocimiento y eventual adopción pueden mejorar no sólo la situación de los derechos sociales sino también las condiciones de competitividad de un país en la economía global (López, et al, 2002).

Humblet & Silva (2002) señala que los sistemas de seguridad social prevén ingresos básicos en caso de desempleo, enfermedad y accidente laboral, vejez y jubilación, invalidez, responsabilidades familiares tales como el embarazo y el cuidado de los hijos y la pérdida del sostén de la familia. Estas prestaciones no sólo son importantes para los trabajadores y sus familias, sino también para la sociedad en general. Al proporcionar asistencia médica, seguridad de los medios de vida y servicios sociales, la seguridad social ayuda a la mejora de la productividad, contribuyendo a la plena realización de las personas y a su dignidad. Los sistemas de seguridad social también promueven la igualdad de género a través de la adopción de medidas encaminadas a garantizar que las mujeres que tienen hijos gocen de las mismas oportunidades en el mercado del trabajo. Para los empleadores y las empresas, contribuye a mantener una mano de obra estable que se adapte a los cambios. Por último, a través de las redes de protección en los casos de crisis económica, la seguridad social actúa como elemento fundamental de cohesión social,

ayudando a garantizar la paz social y un compromiso con la globalización y el desarrollo económico.

Las normas sobre seguridad social de la OIT prevén diversos tipos de cobertura de seguridad social, con arreglo a los diferentes sistemas económicos y a las diferentes etapas de desarrollo. Los Convenios de la OIT sobre seguridad social ofrecen una amplia gama de opciones y de cláusulas de flexibilidad que permiten que el objetivo de cobertura universal pueda alcanzarse gradualmente. En un mundo globalizado, en el que la gente está cada vez más expuesta a riesgos económicos globales, existe una creciente concientización respecto del hecho que, una política de protección social nacional de amplia base puede constituirse en un sólido amortiguador de muchos de los efectos sociales negativos de las crisis económicas.

a. Convenio 183 de la OIT

Determina la protección de la maternidad, que incluye a todas las mujeres empleadas, que desempeñan trabajo dependiente de un empleador.

En el artículo 6 señala que. “Se deberán proporcionar prestaciones pecuniarias que garantice a la mujer y a su hijo condiciones de salud apropiadas y un nivel de vida adecuado, de conformidad con la legislación nacional o en cualquier otra forma que pueda ser conforme con la práctica nacional, a toda mujer que esté ausente del trabajo en virtud

de la licencia por maternidad o en caso de complicaciones a consecuencia del embarazo”.

b. La Declaración Universal de los Derechos Humanos

El artículo 22 Establece que: Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

De la misma manera, el artículo 25 señala que: **1.** Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. **2.** La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

c. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)

Dicho protocolo en su artículo 9 establece que: 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes 2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.

d. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Vigente desde 1976, Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables. Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana,

por lo que en su artículo 2.1 señala que: Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

B. Marco de la seguridad social en la normatividad nacional

El sistema de seguridad social a nivel nacional es un derecho fundamental que concierne a todas las personas dentro del ámbito territorial, siendo una manera de auxilio o resguardo que el Estado debe brindar a los ciudadanos, razón principal por la que las políticas públicas deben estar orientadas a una protección integral de las personas y de esta manera asegura una forma de vida digna, brindando el apoyo necesario en caso de enfermedad, maternidad, accidentes, muerte, invalidez, jubilación, basándose en la solidaridad, universalidad, integralidad y progresividad como características esenciales de la seguridad social.

a. Constitución Política del Perú

La Constitución Política señala en su artículo 10 lo siguiente: El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su

protección frente a las contingencias que precise la ley, así como para la elevación de su calidad de vida”. Toyama (2015) sostiene que: Pueden identificar algunos rasgos característicos del sistema de seguridad social, entre ellos aquel rasgo de carácter público, en la medida de que el Estado tiene la obligación de cubrir las necesidades de protección de la población; de otro lado el carácter mixto, pues el Estado brinda un servicio de protección a las personas necesitadas, y el objeto de la seguridad social es cubrir las necesidades de la población, ahora bien algunos juristas consideran como rasgo característico de la seguridad social al carácter autónomo, el mismo que es entendido, como el derecho a la seguridad social al margen del derecho laboral; sin embargo, dado el carácter universal, su ámbito de aplicación no solo se circunscribe a los trabajadores dependientes, sino que también incluye a los no trabajadores.

b. Ley Nº 26843, Ley General de Salud

Actualmente en el Perú se presentan serios problemas en estructurales e institucionales con respecto al servicio de salud para los ciudadanos, lo que genera que la población no reciba una adecuada atención con respecto a este servicio que es de interés público.

Al respecto, esta norma establece en su artículo VII del Título Preliminar lo siguiente: El Estado promueve el aseguramiento universal y progresivo de la población para la

protección de las contingencias que pueden afectar su salud y garantiza la libre elección de sistemas previsionales, sin perjuicio de un sistema obligatoriamente impuesto por el Estado para que nadie quede desprotegido.

c. Ley N° 30367, Ley que protege a la madre trabajadora contra el despido arbitrario y prolonga su periodo de descanso

Vigente desde el año dos mil quince, que modifica el artículo 1 de la Ley N° 26644, Ley que precisa el goce del derecho de descanso prenatal y postnatal de la trabajadora gestante, en los términos siguientes: Artículo 1. Precísese que es derecho de la trabajadora gestante gozar de 49 días de descanso prenatal y 49 días de descanso postnatal. el goce de descanso prenatal podrá ser diferido, parcial o totalmente, y acumulado por el postnatal, a decisión de la trabajadora gestante. tal decisión deberá ser comunicada al empleador con una antelación no menor de dos meses a la fecha probable de parto.

2.4. MARCO JURÍDICO DE LA MICROEMPRESA EN EL PERÚ

2.4.1. Definición y características de la microempresa y pequeña empresa

El Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE, define a la Micro y Pequeña Empresa como: la unidad económica constituida por una persona natural o jurídica, bajo cualquier forma de organización o gestión empresarial contemplada en la legislación vigente, que tiene

como objeto desarrollar actividades de extracción, transformación, producción, comercialización de bienes o prestación de servicios.

Cuando en este dispositivo legal hace referencia a las siglas MYPE, se está refiriendo solamente a las Micro y Pequeña Empresa. Más no a la Mediana Empresa.

Según dicho Decreto Supremo, Las características básicas de la micro, pequeñas y Medianas Empresas (MYPE) se encuentran determinadas por el monto de sus ventas anuales. Los límites establecidos para el monto de las ventas podrán ser incrementadas cada dos años mediante decreto supremo refrendado por el Ministerio de Economía y Finanzas.

Así, por ejemplo, se considera microempresa a aquella unidad económica cuyas ventas anuales no sobrepasen las 150 UIT. De la misma manera, se considera pequeña empresa a aquella unidad económica cuyas ventas anuales superen las 150 UIT y sean hasta el máximo de 1700 UIT. Finalmente, está considerada como mediana empresa a aquella unidad económica cuyas ventas anuales superen las 1700 UIT y sean hasta el máximo de 2300 UIT.

2.4.2. Desarrollo normativo de la MYPE

Desde ya hace medio siglo que se ha venido reconociendo en el país la importancia de promover la formalización de la micro y pequeña empresa, con varios intentos de regularla de manera especial, y mantenerla en el contexto de la realidad económica. En tal sentido, se presenta un recuento de la evolución normativa más reciente que

regula y reglamenta a estas unidades económicas hasta la actualidad, incluyendo el marco jurídico vigente, tal como sigue:

A. Ley N° 28015 - Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa (2003)

Su objeto fue la promoción de la competitividad, formalización y desarrollo de la MYPE para incrementar el empleo sostenible, su productividad y rentabilidad, su contribución al producto bruto interno, a la ampliación del mercado interno y las exportaciones, y a la recaudación tributaria. Se reglamentó por el Decreto Supremo N° 009-2003-TR.

Este dispositivo legal establecía un régimen laboral especial exclusivamente para aquellos trabajadores de unidades económicas establecidas como microempresas. De la misma manera, se estableció el carácter temporal de cinco años

B. Decreto Legislativo N° 1086 - Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente (2008)

Esta norma se dictó al amparo de las facultades delegadas al Poder Ejecutivo en el marco de la implementación del Acuerdo Comercial de Promoción Perú – Estados Unidos. Se complementó con el Decreto Supremo N° 007-2008-TR - Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente; y se reglamentó mediante el

Decreto Supremo N° 008-2008-TR - Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente.

El presente Decreto Legislativo, amplía el régimen laboral especial ya no solamente para aquellos trabajadores de las microempresas, sino las extiende a trabajadores de las pequeñas empresas también. Asimismo, con respecto a la temporalidad de la norma, precisa que será de carácter permanente.

C. Decreto Supremo 013-2013-PRODUCE, Texto Único Ordenado de la Ley de impulso al desarrollo productivo y al crecimiento empresarial

Este dispositivo legal surge con la disposición de modificar diversas leyes para facilitar la inversión, impulsar el desarrollo productivo y el crecimiento empresarial que hace referencia la Ley N° 30056.

En ese sentido, el artículo 1 del TUO en mención, señala que: La presente ley tiene por objeto establecer el marco legal para la promoción de la competitividad, formalización y el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYME), estableciendo políticas de alcance general y la creación de instrumentos de apoyo y promoción; incentivando la inversión privada, la producción, el acceso a los mercados internos y externos y otras políticas que impulsen el emprendimiento y

permitan la mejora de la organización empresarial junto con el crecimiento sostenido de estas unidades económicas.

Por otro lado, este dispositivo legal deroga el Decreto Supremo N° 007-2008-TR. Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, Ley MYPE (D.L. 1086).

2.4.3. La seguridad social de las trabajadoras gestantes en la microempresa

En una economía, el Estado debe asegurar que las reglas de convivencia y de intercambio entre los agentes no solo no sean un obstáculo para los emprendedores, sino que tampoco permitan el abuso, la corrupción y el fraude. De manera directa también influye en el crecimiento de la productividad laboral la protección social puede definirse como el conjunto de intervenciones de entes públicos y privados que buscan aliviar a los hogares y a los individuos de la carga que significa una serie de riesgos y necesidades.

De esta manera, el desempeño y éxito de la protección social en cuanto a sus objetivos depende de aspectos de diseño de los programas como de la institucionalidad establecida para su realización y funcionamiento en el mercado laboral (Bertranou, 2005).

Estudios de la OIT (2002) muestran la existencia de un serio déficit de protección social para los trabajadores que pertenecen a la economía informal en los países en desarrollo, a la vulnerabilidad en sus ingresos se agrega las mayores probabilidades de ser afectados por

riesgos en su salud y seguridad en el trabajo. Para fines de este estudio, se asumirá que un sistema de protección social está conformado por los siguientes componentes: a) seguros de salud, b) pensiones y c) redes de seguridad social que permiten revertir caídas aleatorias del ingreso (ILO, 1999).

Asimismo, un estudio realizado por la Sociedad de Comercio Exterior en el año 2015 (Comex-Perú), alertó que el 84.7% de estas unidades empresariales son informales, al no estar registradas como persona jurídica o empresa individual. Peor aún, el 72.7% no lleva ningún tipo de registro de ventas y el 71.1% de los trabajadores no estuvo afiliado a ningún sistema de pensión.

Ahora, cuando hablamos de seguridad social de la trabajadora gestante en el régimen laboral de la microempresa, debemos remitirnos al Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE, que aprueba el TUO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, el cual mantiene los derechos laborales de los trabajadores y conductores de microempresas establecido en el Decreto Legislativo N° 1086, cuyo artículo 9 señala: La afiliación de los trabajadores y conductores de la Microempresa al régimen semicontributivo del Seguro Integral de Salud comprenderá a sus derechohabientes. Su costo será parcialmente subsidiado por el Estado condicionado a la presentación anual del certificado de inscripción o reinscripción vigente del Registro respectivo, y a la relación de trabajadores, conductores y sus derechohabientes. El procedimiento de afiliación será establecido en el Reglamento de la

Ley.

Ahora, dentro de los planes del Seguro Integral de Salud tenemos: i) SIS Gratuito: para personas en pobreza extrema, pobreza, madres gestantes, niños, bomberos, entre otros grupos incluidos por norma; ii) SIS Para Todos: para personas que no cuentan con un seguro de salud, independientemente de su condición económica; iii) SIS Independiente: para cualquier ciudadano a un bajo costo; iv) SIS Microempresas: para los dueños de microempresas que quieran inscribir a sus trabajadores; v) SIS Emprendedor: para trabajadores independientes que no tengan empleados a su cargo (como peluqueros, modistas, gasfiteros, etc.).

Estando a lo señalado anteriormente, la norma establece la afiliación de estos trabajadores al SIS microempresa, cuyo costo total por cada trabajador es de S/ 30.00 soles (treinta con 00/100 soles) pero al ser semicontributivo, el empleador cubre la mitad, es decir S/ 15.00 soles (quince soles) y el Estado cubre la otra mitad.

Como es de notarse, existe una gran desigualdad con respecto al régimen de salud entre los trabajadores que pertenecen al régimen de la microempresa con aquellos trabajadores que pertenecen al régimen general; pues éstos, a diferencia de los primeros, están afiliados a Es Salud, por lo tanto en el caso de las trabajadoras gestantes que pertenecen a este régimen gozan del subsidio por maternidad, caso contrario sucede con las trabajadoras del régimen de la microempresa, ya que al estar afiliadas al SIS, no gozan de dicho subsidio, dejándolas en total estado de desprotección.

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La presente investigación tuvo como objetivo determinar los efectos jurídico-sociales de la vulneración al subsidio por maternidad de las trabajadoras gestantes pertenecientes a la microempresa. Para ello, se analizaron las normas relativas al régimen laboral especial de la microempresa en el contexto de la seguridad social, a la luz de la Constitución Política del Perú y los tratados internacionales. Los resultados demostraron que la hipótesis propuesta es completamente aceptable, ya que los efectos jurídico-sociales de la vulneración del subsidio por maternidad incluyen la transgresión de derechos fundamentales, la incompatibilidad con la Constitución Política y el Convenio 183 de la OIT, así como la vulneración del principio de igualdad y progresividad laboral. La hipótesis fue: “Los efectos jurídico-sociales respecto a la denegatoria del subsidio por maternidad de las trabajadoras gestantes pertenecientes a la microempresa, son: La transgresión de derechos fundamentales; Incompatibilidad con la Constitución Política y el convenio 183 de la OIT; y, Vulneración al principio de igualdad y progresividad laboral”.

Los métodos que se aplicaron para la contrastación de la hipótesis fueron el método analítico-sintético y como métodos propios del derecho al dogmático jurídico y el método hermenéutico.

El método analítico-sintético se aplicó descomponiendo la problemática en sus componentes fundamentales. Primero, se realizó un análisis detallado de cada elemento, como las normas del régimen laboral especial de la microempresa, la Constitución Política del Perú y el Convenio 183 de la OIT. Luego, se sintetizaron estos elementos para formar una visión integral que demostró

cómo interactúan y contribuyen a la vulneración de derechos de las trabajadoras gestantes.

El método inductivo-deductivo se empleó comenzando con la observación de casos específicos de trabajadoras gestantes en microempresas y las consecuencias de la denegatoria del subsidio por maternidad. A partir de estas observaciones particulares, se formularon generalizaciones sobre los efectos jurídico-sociales de esta situación. Posteriormente, se dedujeron conclusiones más amplias sobre la transgresión de derechos fundamentales, la incompatibilidad con la Constitución y el Convenio 183 de la OIT, y la vulneración del principio de igualdad y progresividad laboral, contrastándolas con las normativas pertinentes.

El método dogmático jurídico permitió interpretar y sistematizar las normas legales aplicables. A través de este método, se evaluaron las disposiciones del Decreto Legislativo N° 1086 y su relación con la Constitución y los tratados internacionales. Este análisis dogmático identificó incoherencias y conflictos normativos que sustentaron la hipótesis, demostrando cómo la normativa actual falla en proteger adecuadamente los derechos de las trabajadoras gestantes.

El método hermenéutico se utilizó para interpretar los textos legales y comprender su significado en el contexto socio-jurídico actual. Este enfoque permitió contextualizar la normativa en el ámbito de los derechos humanos y laborales, facilitando una comprensión profunda de cómo las leyes deben ser interpretadas y aplicadas para proteger los derechos de las trabajadoras gestantes. La hermenéutica clarificó cómo la falta de subsidio por maternidad contraviene el principio de igualdad y progresividad laboral establecidos tanto en la Constitución como en el Convenio 183 de la OIT.

En ese sentido, las razones que sustentan la aceptación de la hipótesis propuesta por el investigador se han disgregado de la siguiente manera:

3.1. Transgresión de derechos fundamentales respecto al subsidio por maternidad de la trabajadora en el régimen laboral de la microempresa

Por derecho fundamental se entienden aquellas condiciones favorables para el ser humano, derivadas de su intrínseca dignidad y esenciales para el pleno desarrollo de su personalidad. Estos derechos se reclaman frente a otros individuos y, de manera especial, frente al Estado y el poder (Landa, 2017).

En este sentido, el subsidio por maternidad puede considerarse un derecho fundamental. Este subsidio no solo ayuda a la madre gestante a enfrentar las contingencias propias del embarazo, sino que también le permite proporcionar los cuidados necesarios al recién nacido, garantizando así su bienestar y desarrollo.

Del artículo 9° del Decreto Legislativo N° 1086 se desprende que los empleadores del régimen laboral de la microempresa no están obligados a afiliarse a sus trabajadoras gestantes al Seguro Social de Salud (EsSalud), sino al Seguro Integral de Salud (SIS), conforme lo establece la ley. Esta disposición impide que dichas trabajadoras accedan al subsidio por maternidad, a diferencia de las trabajadoras gestantes de otros regímenes laborales, quienes sí gozan de este subsidio por estar afiliadas a EsSalud. Como resultado, las trabajadoras gestantes de microempresas, al estar afiliadas al SIS, se ven impedidas de percibir el subsidio por maternidad, lo cual constituye una privación de un derecho fundamental como es la seguridad social. La naturaleza fundamental de este derecho se deriva de

su carácter indispensable para el desarrollo pleno del ser humano, especialmente considerando que este derecho está garantizado con rango constitucional y estrechamente vinculado a la dignidad de la persona humana.

A partir de lo señalado, también podemos considerar la ponderación de derechos, donde se evidencia que la seguridad social prevalece sobre la Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa. Esto implica que el derecho a la seguridad social tiene mayor peso, sin desestimar la importancia de la promoción y desarrollo de las micro y pequeñas empresas. Ignorar este equilibrio significaría vulnerar la dignidad humana.

Así pues, aunque el rol estatal de promotor del empleo está respaldado por la Constitución Política, esto no justifica que la política de fomento del empleo afecte desproporcionada o irrazonablemente los derechos fundamentales. El derecho a la seguridad social es fundamental y universal, y el derecho laboral es progresivo. Por lo tanto, las políticas de empleo deben ser implementadas de manera que respeten y protejan estos derechos esenciales. La protección de la maternidad es una de las preocupaciones primordiales del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social, ya que al proteger a la madre se cuida también a los niños y a toda la comunidad (Garriguez, 2004).

La maternidad ha sido tradicionalmente objeto de especial atención, tanto en un sentido general como específico, debido a los diversos bienes jurídicos que protege, como la salud y el bienestar de la mujer y del hijo, así como el establecimiento de vínculos relacionales y afectivos

adecuados entre los progenitores y sus hijos. Esto refleja una valoración especial de la institución familiar. No ponderar adecuadamente la importancia de la maternidad dentro del rol social constituye un atentado contra un bien jurídico especial, al negarle a la mujer gestante el acceso al subsidio durante su estado de gravidez.

Se debe considerar que tanto la Ley N° 28015 como el Decreto Legislativo N° 1086, la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, y sus modificatorias hasta la promulgación de la Ley N° 30056 y el Decreto Supremo 013-2013-PRODUCE, Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, buscan la formalización empresarial y el impulso de las empresas a través de incentivos laborales y tributarios para fomentar su crecimiento; sin embargo, a pesar de estas normativas, en la realidad la informalidad sigue siendo prevalente.

Es cierto que el Estado, a través de sus políticas públicas, intenta impulsar y promover la formalización y el desarrollo de la microempresa. Sin embargo, no puede hacerlo a costa de reducir o recortar los derechos laborales de las madres trabajadoras. En el régimen laboral de la microempresa, se ha priorizado la reducción de costos laborales, lo que impacta directamente un conjunto de derechos laborales fundamentales y de protección social reconocidos por la Constitución Política. Por lo tanto, no se puede justificar que la reducción de derechos laborales ayudará a combatir la informalidad. De hecho, las estadísticas muestran que la informalidad no ha disminuido a pesar de las normativas implementadas

por el gobierno.

La hipótesis establece que los efectos jurídico-sociales de la denegatoria del subsidio por maternidad en trabajadoras gestantes de microempresas resultan en la transgresión de derechos fundamentales. Esta hipótesis se fundamenta en el entendimiento de los derechos fundamentales como condiciones esenciales para el desarrollo pleno de la persona humana, derivados de su dignidad intrínseca.

El subsidio por maternidad es considerado un derecho fundamental, no solo porque ayuda a las madres gestantes a enfrentar las contingencias propias del embarazo, sino porque garantiza el bienestar y desarrollo del recién nacido. La Constitución reconoce estos derechos fundamentales, y la legislación debe reflejar esta protección.

Sin embargo, el Decreto Legislativo N° 1086 establece que los empleadores del régimen laboral de la microempresa no están obligados a afiliarse a sus trabajadoras gestantes al Seguro Social de Salud (EsSalud), sino al Seguro Integral de Salud (SIS). Esta disposición priva a estas trabajadoras del subsidio por maternidad, en contraste con las trabajadoras de otros regímenes laborales que sí acceden a este subsidio. Esta situación representa una transgresión de un derecho fundamental, ya que la seguridad social es indispensable para el desarrollo pleno del ser humano y está garantizada constitucionalmente, estando intrínsecamente vinculada a la dignidad humana.

La ponderación de derechos muestra que la seguridad social debe prevalecer sobre la promoción de la competitividad y el desarrollo de

micro y pequeñas empresas. Aunque el Estado tiene el rol constitucional de promover el empleo, esto no puede justificar políticas que afecten desproporcionadamente los derechos fundamentales. El derecho a la seguridad social es fundamental y universal, y las políticas de empleo deben respetar y proteger estos derechos esenciales. La protección de la maternidad es crucial en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ya que al proteger a la madre se protege a los niños y a la comunidad en general.

La maternidad ha sido objeto de especial atención debido a los bienes jurídicos que protege, como la salud y el bienestar de la mujer y el hijo, y los vínculos relacionales y afectivos adecuados entre progenitores e hijos. No considerar adecuadamente la importancia de la maternidad dentro del rol social constituye un atentado contra un bien jurídico especial, al negarle a la mujer gestante el acceso al subsidio durante su embarazo.

Aunque la Ley N° 28015, el Decreto Legislativo N° 1086 y sus modificatorias buscan la formalización y el impulso de las microempresas a través de incentivos laborales y tributarios, la realidad muestra que la informalidad sigue siendo prevalente. El Estado, a través de sus políticas, no puede impulsar el desarrollo de la microempresa a costa de recortar los derechos laborales de las madres trabajadoras. Priorizar la reducción de costos laborales en el régimen de la microempresa impacta directamente en un conjunto de derechos laborales fundamentales y de protección social reconocidos constitucionalmente.

3.2. La seguridad social, referida al no otorgamiento del subsidio por maternidad en el régimen laboral de la microempresa vulneraría el principio de igualdad y progresividad laboral

La hipótesis plantea que los efectos jurídico-sociales de la denegatoria del subsidio por maternidad en las trabajadoras gestantes pertenecientes a la microempresa afectan directamente la seguridad social, vulnerando el principio de igualdad y progresividad laboral. La seguridad social, como derecho fundamental, es esencial para el desarrollo integral de las personas y debe ser garantizada sin discriminación. La exclusión de las trabajadoras de microempresas del subsidio por maternidad contraviene estos principios, generando una desigualdad frente a trabajadoras de otros sectores que sí reciben este beneficio. Esta situación no solo afecta la equidad en el ámbito laboral, sino que también compromete el progreso de los derechos laborales, al no ofrecer protección adecuada a un grupo vulnerable de trabajadoras. Por tanto, es crucial analizar cómo esta exclusión impacta en la dignidad y desarrollo de las trabajadoras gestantes, y si las políticas actuales están alineadas con los principios de igualdad y progresividad que deben regir el derecho laboral.

Tomando en cuenta que la seguridad social tiene como principio fundamental el de ser universal, esto no se está cumpliendo cuando hablamos de subsidio por maternidad de las trabajadoras pertenecientes a la microempresa, puesto que no se garantiza el efectivo cumplimiento al estar afiliados al sistema integral de salud (SIS), ya que la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, faculta pero no obliga

al microempresario a afiliar a sus trabajadores al seguro social de salud (EsSalud) razón por la que en muchos casos prefieren afiliar a su trabajadores al sistema integral de salud (SIS) y de esta manera reducir sus costos laborales.

Alexy (1993) en su Teoría de Derecho Fundamentales menciona el derecho a la igualdad, lo cual supone la aplicación de la fórmula clásica: Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual, esta premisa no se estaría aplicando cuando hacemos referencia a las trabajadoras gestantes pertenecientes al régimen de la microempresa que están afiliadas al SIS, quienes no gozan del subsidio por maternidad, a diferencia de las trabajadoras gestantes afiliadas al seguro social de salud (EsSalud) notándose aquí una clara desigualdad. El derecho a la igualdad en la aplicación o interpretación de la ley implica que un mismo órgano (jurisdiccional o administrativo) no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, a menos que considere que debe apartarse de sus precedentes, para lo cual debe ofrecer una fundamentación suficiente y razonable que lo justifique.

Es justamente la realidad la que nos presenta a la discriminación como un fenómeno social por la cual se establecen distinciones sobre un individuo o sobre un grupo que no encuentren en su naturaleza motivos suficientemente objetivos y razonables que la justifiquen.

Del análisis se observa que el régimen de la microempresa afecta el principio de igualdad, en la medida en que no hay coherencia entre las medidas adoptadas y el problema a solucionar. Esta norma no pasa del test de razonabilidad y proporcionalidad que se exige a cualquier trato diferente,

ya que su diseño va mucho más allá de lo que la realidad muestra. No se puede sostener que la reducción de derechos va a permitir luchar contra la informalidad.

La igualdad ante la ley está reconocida también por numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos como el artículo 7 de la Declaración de derechos Humanos, artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros; todos incorporados a nuestro derecho interno, pero parece ser que todos estos derechos reconocidos por instrumentos internacionales se dejaron de lado y se dio más prioridad a la formalización y desarrollo de la microempresa por encima de los derechos laborales.

Del análisis de la norma, se puede observar que la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, Ley 26790, vigente en el Perú, las prestaciones económicas o subsidios son: Subsidio por incapacidad, Subsidio por maternidad, Subsidio por lactancia, Prestación por sepelio.

El presente trabajo, se enmarcó en el tema de la seguridad social, puntualmente al subsidio por maternidad. En tal sentido, puede decirse que el subsidio por maternidad es una cantidad dineraria que se otorga a las madres trabajadoras que dan a luz, durante el periodo de descanso pre y post natal, con el objeto de resarcir el lucro cesante como consecuencia del alumbramiento y de las necesidades de cuidado del recién nacido. En el presente caso, se puede constatar que este subsidio queda condicionado a que la madre gestante esté afiliada al seguro social de salud (EsSalud)

por eso mismo, las trabajadoras a las que hacemos mención en el presente estudio quedan excluidas de recibir dicho subsidio puesto que al pertenecer al régimen de la microempresa, automáticamente el empleador las afiliaría al seguro integral de salud (SIS) pues el mismo régimen laboral así lo establece, quedando desprotegidas y excluidas de recibir dicho subsidio, y contraviniendo la Constitución Política del Perú y el Convenio 183 de la OIT.

Tenemos que tomar en cuenta que para las microempresas se da la opción de afiliarse al componente Semisub subsidiado del SIS, las cuales sólo tendrán acceso al listado priorizado de intervenciones sanitarias establecido en el Decreto Supremo N° 008-2010-SA. Ahora bien, si el microempresario desea que sus trabajadores estén afiliados a EsSalud, también es posible lo cual no sería causal para que pierda la condición de microempresario (art. 39 del D.S.008-2008-TR), entonces nos damos cuenta que el microempresario sí puede afiliar a sus trabajadores a EsSalud, pero no lo hace por dos razones, primero porque la ley no lo obliga y segundo porque le generaría un gasto adicional que algunos empleadores no estarían dispuestos a asumir.

El subsidio por maternidad es una prestación económica que sirve para coadyuvar a la madre con el cuidado del hijo recién nacido, una especie de lucro cesante para aquellas mujeres en la etapa de alumbramiento de sus hijos; este subsidio como vemos de los datos anteriores ha sido negado a algunas trabajadoras que pertenecen al régimen de la microempresa, porque la misma ley genera la limitante, pues recordemos que tanto en el Decreto legislativo N° 1086, como en el Decreto Supremo N° 013-2013-

PRODUCE, se señala que los trabajadores de la microempresa se encuentran adscritos al Seguro Integral de Salud; por lo tanto no se les otorga dicho beneficio de subsidio por maternidad, dejando en total desamparo a las trabajadoras gestante, lo cual no es acorde con lo establecido en la Constitución Política, cuando señala que la defensa de la persona y su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el estado; por otro lado se establece que el Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias; entonces, de los datos se evidencia que los derechos de las trabajadoras que pertenecen al régimen de la microempresa, lejos de tener una norma progresiva y protectora, se evidencia un retroceso, pues la propia ley ha limitado tal derecho.

Por otro lado, se puede señalar que el trabajo decente es aquel que se realiza en un ámbito que respeta los derechos laborales fundamentales, percibiendo un ingreso suficiente o digno que permita al trabajador cubrir sus necesidades básicas, de la misma manera accediendo a la protección social, dentro de la cual se encuentra el subsidio por maternidad; sin embargo, en el caso del régimen laboral de la microempresa no se está aplicando la protección a la madre trabajadora, ya que si dicha trabajadora se encontrara en estado de gestación no percibiría el subsidio por maternidad, evidenciándose una discriminación con respecto a trabajadoras gestantes de otros regímenes laborales.

La legislación peruana contempla derechos específicos para los trabajadores que están a punto de tener un hijo o que ya lo tienen cuando empiezan el vínculo laboral. Así la ley N° 30367 del año dos mil quince,

modifica el artículo 1 de la Ley N° 26644, y señala que es derecho de la trabajadora gestante gozar de 49 días de descanso prenatal y 49 días de descanso postnatal. Es decir, que existe en este periodo una suspensión perfecta de labores, ya que el trabajador no trabaja y la empresa no está obligada al pago del sueldo. Durante el periodo en que la trabajadora ejerce su derecho al descanso físico el Estado es el que asume ese costo (cuando la trabajadora está afiliada a EsSalud), siempre que se cumplan los requisitos de ley.

Del estudio correspondiente, se puede analizar que lo dicho anteriormente se aplica para las trabajadoras gestantes afiliadas a EsSalud, y no las trabajadoras gestantes pertenecientes a la microempresa; evidenciándose que estas últimas se encuentra desprotegidas en la etapa de gestación. En todos los casos, la ley las asiste como prioridad laboral y sus derechos están plenamente identificados y tipificados en la reglamentación vigente de trabajo y seguridad social. Sin embargo, el Decreto Legislativo N° 1086, ni el Decreto Supremo 013-2013-PRODUCE, Texto Único Ordenado de la Ley de impulso al desarrollo productivo y al crecimiento empresarial, no reconocen este derecho.

El régimen laboral de la microempresa no presta una adecuada protección a las trabajadoras gestantes que pertenecen a dicho régimen, porque lo que hace es justamente lo contrario a lo exigido por el concepto de “*Trabajo decente*”, ya que reduce determinados derechos laborales que son de naturaleza asistencial o de medidas de protección ante contingencia. Es decir, la reducción de beneficios sociales no solo involucra una vulneración a la calidad de vida del trabajador y su familia, sino que también expone al

trabajador a contingencias futuras ya que muchos de estos beneficios a los que ya no tiene acceso son los que los protegería de darse la contingencia.

Del análisis correspondiente podemos decir que el enfoque actual del régimen de la microempresa gira entorno solo a la reducción de derechos laborales, lo cual resulta perjudicial para los trabajadores que pertenecen a dicho régimen. No es cierto que solo mediante la reducción de beneficios laborales se pueda mejorar la competitividad; sin embargo, para que la reducción de beneficios laborales cause un gran impacto en la competitividad se hace necesaria una continua reducción de beneficios laborales, lo que involucra la violación de derechos fundamentales.

La regulación de un régimen especial laboral, el cual generalmente contempla beneficios menores a los comprendidos al régimen general se justifica en las condiciones objetivas del mercado a regular o en el interés de promover su desarrollo en el país; pero a criterio del investigador, pretender que un régimen con derechos laborales reducidos sea extendido a nivel general, bajo el argumento de una formalización laboral, no es más que una clara discriminación laboral, pues el incentivo para la formalización no pasa solamente por la reducción de beneficios laborales.

Por otro lado, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 26, hace referencia al principio de progresividad, señalando que: Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de

los Estados Americanos.

En tal sentido, dicho principio es una característica de los derechos humanos fundamentales, que se aplican sin ningún impedimento a los derechos laborales, entendiéndose siempre todo aquello que sea más favorable para la persona humana, imposibilitando que los derechos se reduzcan o se menoscaben. En ese orden de ideas, en la presente investigación se evidencia claramente que el Decreto Legislativo 1086 vulnera el principio de progresividad, pues se está afectando de manera directa a la trabajadora gestante, ya que dicha medida legislativa desmejora una situación jurídica que puede favorecer a tales trabajadoras, afectando sus derechos fundamentales.

3.3. Incompatibilidad entre la ley del régimen laboral de la microempresa, la Constitución Política del Perú y el Convenio 183 de la OIT, respecto al subsidio por maternidad

La hipótesis plantea que la denegatoria del subsidio por maternidad a las trabajadoras gestantes pertenecientes al régimen laboral de la microempresa genera efectos jurídico-sociales que revelan una incompatibilidad entre la legislación de microempresas, la Constitución Política del Perú y el Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). La Constitución y el Convenio 183 establecen la protección de la maternidad como un derecho fundamental, garantizando a las trabajadoras gestantes el acceso a beneficios que aseguren su bienestar y el del recién nacido. Sin embargo, el régimen laboral de la microempresa, al excluir a estas trabajadoras del subsidio por maternidad, contraviene estos principios, generando una discordancia normativa que

vulnera derechos esenciales. Este análisis se centra en identificar y contrastar cómo las disposiciones legales vigentes para las microempresas se enfrentan a los compromisos constitucionales e internacionales de protección a la maternidad, resaltando la necesidad de armonizar la normativa nacional con los estándares internacionales y constitucionales para garantizar una verdadera equidad y justicia social en el ámbito laboral.

Si bien es cierto que en la actualidad no existe un completo régimen laboral especial para las mujeres, sí tenemos dispositivos que conceden derechos específicos a las trabajadoras que tienen la condición de madres. El fundamento de estas normas se encuentra principalmente en el artículo 23 de la Constitución de 1993, el cual señala que: El trabajo en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a las madres, al menor de edad y al impedido que trabajan.

De lo señalado en nuestra Carta Magna, se desprende que el Estado debe garantizar la protección especial a la madre gestante, lógicamente por su estado de gravidez requiere de un trato especial para ella y su hijo. Sin embargo, eso no se ha tenido en cuenta en el Decreto Legislativo N° 1086, limitando de esta manera un derecho constitucional, razón por la que en el presente trabajo se tiene la certeza que el Decreto Legislativo 1086, que aprueba la Ley de promoción de la competitividad, formalización y desarrollo de la micro y pequeña empresa y del acceso al empleo decente, es incompatible con lo establecido en la Constitución Política del Perú.

El sistema de protección de la salud del Perú está compuesto por los regímenes del seguro social de salud (EsSalud), el Seguro Integral de Salud (que garantiza prestaciones significativamente reducidas en lo que respecta al sistema EsSalud a cargo del Ministerio de Salud) y por seguros privados (EPS).

Sabemos que es el monto de dinero que se entrega a las trabajadoras afiliadas al seguro social de salud, con ocasión de su alumbramiento. Es percibido durante un período de 98 días, quedando a decisión de la trabajadora gestante la manera como pretenda hacer el goce, ya sea diferido o acumulado, debiendo comunicar la decisión a su empleador con una anticipación no menor de dos meses a la fecha probable de parto. El mencionado subsidio permite a las trabajadoras que se encuentren en estado de gestación, gozar de un período de descanso a fin de no arriesgar su salud ni la del concebido por la prestación normal de servicios a su empleador.

Las trabajadoras gestantes que pertenecen a la microempresa no gozan de este subsidio, puesto que dichas trabajadoras no están afiliadas a EsSalud sino al SIS. Por lo tanto, este subsidio les es negado, quedando desprotegidas en esta etapa de gestación, lo cual estaría vulnerando sus derechos constitucionales de protección a la persona. Asimismo, ya no solo se estaría dejando en desprotección a la madre sino también al menor que está por nacer.

Por otro lado, el Convenio 183 de la OIT, Determina la protección de la maternidad, que incluye a todas las mujeres empleadas, que desempeñan trabajo dependiente de un empleador.

Así, en su artículo 4 señala: Toda mujer a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, mediante presentación de un certificado médico o de cualquier otro certificado apropiado, según lo determinen la legislación y la práctica nacionales, en el que se indique la fecha presunta del parto, a una licencia de maternidad de una duración de al menos catorce semanas.

De igual manera, en el artículo 6 señala que: Se deberán proporcionar prestaciones pecuniarias que garantice a la mujer y a su hijo condiciones de salud apropiadas y un nivel de vida adecuado, de conformidad con la legislación nacional o en cualquier otra forma que pueda ser conforme con la práctica nacional, a toda mujer que esté ausente del trabajo en virtud de la licencia por maternidad o en caso de complicaciones a consecuencia del embarazo”. También establece que, “Con objeto de proteger la situación de las mujeres en el mercado de trabajo, las prestaciones relativas a la licencia deberán financiarse mediante un seguro social obligatorio o con cargo a fondos públicos, o según lo determinen la legislación y la práctica nacionales. Además, establece que: un empleador no deberá estar personalmente obligado a costear directamente las prestaciones pecuniarias debidas a las mujeres que emplee sin el acuerdo expreso de ese empleador, excepto cuando: (a) esté previsto así en la legislación o en la práctica nacionales de un Miembro antes de la fecha de adopción de este Convenio por la Conferencia Internacional del Trabajo, o (b) se acuerde posteriormente a nivel nacional por los gobiernos y las organizaciones representativas de los empleadores y de los trabajadores.

Entonces, conforme lo señalado por la Organización Internacional del Trabajo, no cabe ninguna duda que el Decreto Legislativo 1086, que

aprueba la Ley de promoción de la competitividad, formalización y desarrollo de la micro y pequeña empresa y del acceso al empleo decente, es incompatible con el Convenio 183 de la OIT, pues no se está aplicando la prestación pecuniaria (subsidio por maternidad) que garantice a la mujer y a su hijo condiciones de salud apropiadas y un nivel de vida adecuado.

Pese a las disposiciones legales antes señaladas, es poco lo que se ha avanzado con relación a una legislación más equitativa y protectora a la madre gestante que labora en la microempresa, que fomente la igualdad y que en los hechos, goce de los mismos derechos que las trabajadoras que se encuentran en otros regímenes, pues tal como ya fue mencionado, a pesar que contamos con una serie de normas de protección y algunas de promoción de la madre trabajadora, en el ámbito de la microempresa no se cumple tales derechos.

En este punto, puede afirmarse evidentemente que el Decreto Legislativo N° 1086, lejos de fomentar la formalización de las microempresas, fomenta una Desprotección de la maternidad, una discriminación de la mujer trabajadora, y una clara desigualdad de derechos laborales, más aún si tomamos en cuenta que la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25 hace mención que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias especiales. Por otro lado, el artículo 23 de nuestra Constitución Política del Perú establece que el trabajo en sus diversas modalidades es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. Demostrando mediante el análisis que el Decreto Legislativo N° 1086, en lo referido a la seguridad social, existe una clara

muestra de vulneración a los Derechos Constitucionales.

De acuerdo al análisis realizado, se considera que no existe un sustento objetivo que valide la introducción del régimen propuesto y sus tratos diferenciados a nuestro sistema jurídico, sobre todo en el aspecto de la seguridad social de la trabajadora gestante, motivo por el cual este resulta inconstitucional este extremo de la norma que regula la seguridad social de las trabajadoras gestantes.

La hipótesis queda contrastada al evidenciarse que la legislación vigente para las microempresas no solo es incompatible con la Constitución Política del Perú y el Convenio 183 de la OIT, sino que también vulnera principios fundamentales de igualdad y protección a la maternidad, generando efectos jurídico-sociales negativos para las trabajadoras gestantes, considerando que:

La Constitución Política del Perú, en su artículo 23, establece que el Estado debe proteger especialmente a las madres trabajadoras. Este mandato constitucional implica que cualquier normativa secundaria, como el Decreto Legislativo N° 1086, debe alinearse con este principio, garantizando la protección y beneficios a las madres gestantes. La exclusión de las trabajadoras de microempresas del subsidio por maternidad contradice esta protección especial establecida constitucionalmente.

Además, El Convenio 183 de la OIT, en sus artículos 4 y 6, garantiza a todas las mujeres trabajadoras el derecho a una licencia de maternidad y a prestaciones pecuniarias que aseguren condiciones de salud

apropiadas y un nivel de vida adecuado para ellas y sus hijos. La legislación peruana, al no proporcionar estas prestaciones a las trabajadoras gestantes de microempresas afiliadas al SIS, no cumple con los estándares internacionales establecidos por la OIT, generando una discordancia normativa.

Por otro lado, la exclusión del subsidio por maternidad para las trabajadoras gestantes de microempresas, a diferencia de las trabajadoras afiliadas a EsSalud, crea una desigualdad de trato y una discriminación evidente. Este trato diferenciado carece de una justificación objetiva y razonable, contraviniendo el principio de igualdad y no discriminación que debe regir en el ámbito laboral.

Asimismo, la falta de subsidio por maternidad para las trabajadoras gestantes de microempresas vulnera sus derechos constitucionales de protección a la persona, dejando desprotegidas tanto a las madres como a sus hijos por nacer. Esta situación demuestra que el Decreto Legislativo N° 1086, lejos de fomentar la formalización y desarrollo de las microempresas, fomenta una desprotección de la maternidad y una clara desigualdad de derechos laborales.

Por otro lado, la incompatibilidad entre el Decreto Legislativo 1086 y los compromisos constitucionales e internacionales en materia de protección a la maternidad sugiere una inconstitucionalidad en este extremo de la norma. No se ha proporcionado un sustento objetivo que valide los tratos diferenciados en el sistema jurídico peruano, particularmente en el aspecto de la seguridad social para las trabajadoras gestantes.

CAPÍTULO IV

PROPUESTA LEGISLATIVA

Proyecto de Ley N° _____

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 9 DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1086, LEY DE PROMOCIÓN DE LA COMPETITIVIDAD, FORMALIZACIÓN Y DESARROLLO DE LA MICRO Y PEQUEÑA EMPRESA Y DEL ACCESO AL EMPLEO DECENTE

El congresista que suscribe, tomando en cuenta la iniciativa legislativa, y al amparo de del artículo 107 de la Constitución Política del Perú, concordante con los artículos 22, 23, 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, presenta el siguiente proyecto:

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 9° DEL DECRETO LEGISLATIVO 1086, LEY DE PROMOCIÓN DE LA COMPETITIVIDAD, FORMALIZACIÓN Y DESARROLLO DE LA MICRO Y PEQUEÑA EMPRESA Y DEL ACCESO AL EMPLEO DECENTE

Artículo 1: Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto modificar el artículo 9 del Decreto Legislativo N° 1086, Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente. De esta manera, proporcionar el subsidio por maternidad a las trabajadoras gestantes que pertenecen al régimen laboral de la, microempresa, y evitar que se queden desprotegidas en esta etapa tan importante de su vida.

Artículo 2: Beneficiarios

Son beneficiarios de la presente ley las trabajadoras gestantes que pertenecen al régimen laboral de la microempresa, a las cuales se les tendrá que afiliar a Es Salud y no al Seguro Integral de Salud, esto con la finalidad de que dichas trabajadoras puedan gozar del beneficio denominado subsidio por maternidad, de la cual gozan las trabajadoras gestantes de otros regímenes laborales.

Artículo 3: Modificación del Decreto Legislativo N° 1086, Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente.

Modifíquese el artículo 9 del Decreto Legislativo N° 1086, Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 9. - Régimen especial de salud para la microempresa

- 9.1. La afiliación de los trabajadores y conductores de la Microempresa al Régimen Semicontributivo del Seguro Integral de Salud comprenderá a sus derechohabientes. Su costo será parcialmente subsidiado por el Estado condicionado a la presentación anual del certificado de inscripción o reinscripción vigente del Registro Nacional de Micro y Pequeña Empresa (RENAMYPE) del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y a la relación de trabajadores, conductores y sus derechohabientes. El procedimiento de afiliación será establecido en el Reglamento del presente Decreto Legislativo.
- 9.2. El empleador deberá efectuar un aporte mensual por cada trabajador afiliado, equivalente a la mitad del aporte mensual total del Régimen Semicontributivo en salud del Seguro Integral de Salud, el que será complementado por un monto igual por parte del Estado, a

fin de que el trabajador y sus derechohabientes accedan al Listado Priorizado de Intervenciones Sanitarias establecidas en el Artículo 1° del Decreto Supremo N° 004-2007-SA. Esta disposición se aplica, asimismo, en caso de los conductores de la Microempresa.

Este beneficio no se extiende a los trabajadores independientes que se afilien voluntariamente al régimen semicontributivo del Seguro Integral de Salud, quienes, para lograr su afiliación, deberán acreditar la evaluación socioeconómica del Sistema Focalización de Hogares (SISFOH).

9.3. En el caso de las trabajadoras gestantes pertenecientes a la Microempresa, la afiliación será al régimen de Es Salud, comprendiendo derecho de cobertura, derecho especial por cobertura de desempleo y derecho de subsidio, conforme los artículos 10, 11 y 12 de la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, tales derechos tienen una extensión máxima de un año contabilizados desde el día siguiente de la fecha del alumbramiento, luego de lo cual el empleador regresará a la beneficiaria al régimen que corresponde.

Para tal efecto, la beneficiaria deberá comunicar por escrito a su empleador sobre de su estado de gestación, para que éste dentro de las veinticuatro horas proceda a realizar el trámite respectivo y afiliarla a Es Salud.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. Reglamentación

La reglamentación estará a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, cuyo plazo máximo será dentro de los sesenta (60) días hábiles desde la publicación de la norma.

SEGUNDA. Derogatoria

Deróguense las disposiciones que se opongan a la presente Ley.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA MODIFICATORIA

ÚNICA. INTEGRACIÓN

Intégrese al artículo 3 de la Ley N 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, como aseguradas a las trabajadoras gestantes del régimen laboral de la Microempresa.

Intégrese el numeral 64.3, al artículo 64 del Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE, Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, el numeral de las trabajadoras gestantes pertenecientes a la Microempresa, referido a la afiliación de la trabajadora gestante de la Microempresa al régimen de Es Salud.

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de gobierno, en Lima, a los 02 días del mes de junio del año 2022

EXPOSICION DE MOTIVOS

La presente iniciativa de Ley, pretende disponer medidas efectivas de acción para armonizar la seguridad social y el régimen laboral de la microempresa, garantizando la protección integral y el goce efectivo del subsidio por maternidad de las trabajadoras gestantes que pertenecen a dicho régimen, teniendo en cuenta la dignidad de la persona y lo señalado en la Constitución Política del Perú, que en su artículo 23 señala: El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.

La maternidad ha sido tradicionalmente merecedora de especial atención, tanto en un sentido genérico como específico, en atención a los distintos bienes jurídicos que en ella se incluyen (la salud y el bienestar de la mujer y del hijo, así como el establecimiento entre los progenitores y sus hijos de adecuados vínculos relacionales y afectivos), en lo que podría entenderse como una especial valoración de la institución familiar, en consecuencia al no haber ponderado la importancia que cumple la maternidad dentro del rol social, se está atentando claramente con un bien jurídico especial, al no permitirle acceder al subsidio en su estado de gravidez.

De lo señalado en nuestra Carta Magna, se desprende que el Estado debe garantizar la protección especial a la madre gestante, lógicamente por su estado de gravidez requiere de un trato especial para ella y su hijo. Sin embargo, eso no se ha tenido en cuenta en el Decreto Legislativo 1086, limitando de esta manera un derecho constitucional, razón por la que en el presente trabajo se tiene la certeza que el Decreto Legislativo 1086, que aprueba la Ley de promoción de la competitividad, formalización y desarrollo de la micro y pequeña empresa y del acceso al empleo decente, modificado por el Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE, TUO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial es incompatible con lo establecido en la Constitución Política del Perú.

El sistema de protección de la salud del Perú está compuesto por los regímenes del seguro social de salud (EsSalud), el seguro integral de salud (que garantiza prestaciones significativamente reducidas en lo que respecta al sistema EsSalud a cargo del Ministerio de Salud) y por seguros privados (EPS).

El monto dinerario que se entrega a las trabajadoras afiliadas al seguro social de salud, con ocasión de su alumbramiento. Es percibido durante un período de 98 días, quedando a decisión de la trabajadora gestante la manera como pretenda hacer el goce, ya sea diferido o acumulado, debiendo comunicar la decisión a su empleador con una anticipación no menor de dos meses a la fecha probable de parto. El mencionado subsidio permite a las trabajadoras que se encuentren en estado de gestación, gozar de un período de descanso a fin de no arriesgar su salud ni la del concebido por la prestación normal de servicios a su empleador.

Las trabajadoras gestantes que pertenecen a la microempresa no gozan de este subsidio, puesto que dichas trabajadoras no están afiliadas a EsSalud sino al seguro integral de salud (SIS). Por lo tanto, este subsidio les es negado, quedando desprotegidas en esta etapa de gestación, lo cual estaría vulnerando sus derechos constitucionales de protección a la persona. Asimismo, ya no solo se estaría dejando en desprotección a la madre sino también al menor que está por nacer.

La Teoría de Derecho Fundamentales, señala que el derecho a la igualdad, lo cual supone la aplicación de la fórmula clásica: Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual; esta premisa no se estaría aplicando cuando hacemos referencia a las trabajadoras gestantes pertenecientes al régimen de la microempresa que están afiliadas al SIS, quienes no gozan del subsidio por maternidad, a diferencia de las trabajadoras gestantes afiliadas al seguro social de salud (EsSalud) notándose aquí una clara desigualdad. El derecho a la igualdad en la aplicación o interpretación de la ley implica que un mismo órgano (jurisdiccional o administrativo) no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, a menos que considere que

debe apartarse de sus precedentes, para lo cual debe ofrecer una fundamentación suficiente y razonable que lo justifique.

Es justamente la realidad la que nos presenta a la discriminación como un fenómeno social por la cual se establecen distinciones sobre un individuo o sobre un grupo que no encuentren en su naturaleza motivos suficientemente objetivos y razonables que la justifiquen.

Por tanto, es evidente que el régimen de la microempresa afecta el principio de igualdad, en la medida en que no hay coherencia entre las medidas adoptadas y el problema a solucionar. Esta norma no pasa del test de razonabilidad que se exige a cualquier trato diferente, ya que su diseño va mucho más allá de lo que la realidad muestra. No se puede sostener que la reducción de derechos va a permitir luchar contra la informalidad.

CONCLUSIONES

1. El análisis ha demostrado que la denegatoria del subsidio por maternidad a las trabajadoras gestantes de microempresas conlleva a una transgresión de derechos fundamentales. El régimen laboral de la microempresa, al priorizar la formalización empresarial sobre la protección de los derechos laborales, genera una desigualdad notable frente a otros regímenes laborales. Esta situación resulta en efectos jurídico-sociales negativos, evidenciando una desprotección tanto para las madres gestantes como para sus hijos, vulnerando así la equidad y la justicia social en el ámbito laboral.
2. El régimen laboral de la microempresa, establecido por el Decreto Legislativo N° 1086 y sus modificatorias, ha sido identificado como una normativa que transgrede los derechos fundamentales de las trabajadoras gestantes al excluirlas del subsidio por maternidad. Esta exclusión contraviene lo establecido en la Constitución Política del Perú, que protege especialmente a las madres trabajadoras, y deja a estas trabajadoras en una situación de vulnerabilidad, comprometiendo su salud y la de sus hijos.
3. La investigación confirma que el Decreto Legislativo N° 1086 es incompatible con la Constitución Política del Perú y el Convenio 183 de la OIT. La exclusión del subsidio por maternidad para las trabajadoras de microempresas va en contra del derecho universal y progresivo a la seguridad social, tal como lo establece la Constitución. Asimismo, contraviene los estándares internacionales de protección a la maternidad delineados por la OIT, demostrando una discordancia normativa

significativa.

4. El análisis del Decreto Legislativo N° 1086 y su modificatoria revela que estas normativas vulneran el principio de igualdad y progresividad laboral. La falta de subsidio por maternidad para las trabajadoras gestantes de microempresas crea una discriminación evidente y una desigualdad en el acceso a los derechos laborales. Esta situación no solo contradice los principios constitucionales y de derechos humanos, sino que también afecta negativamente la equidad y el bienestar de las trabajadoras y sus familias.
5. Se propone una modificatoria legislativa que incluya la afiliación de todas las trabajadoras gestantes del régimen de microempresa a EsSalud, con el fin de garantizarles el acceso al subsidio por maternidad. Esta propuesta busca alinear la normativa nacional con los estándares internacionales y constitucionales, asegurando que las trabajadoras gestantes reciban la protección y los beneficios necesarios durante esta etapa crucial, evitando así la desprotección y el riesgo tanto para la madre como para el hijo.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda a los congresistas que, al legislar sobre políticas que determinen el fomento, formalización y desarrollo de las microempresas, consideren que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Por tanto, deben desarrollar normativas que no vulneren derechos fundamentales, creando leyes que estén en concordancia con lo establecido en la Constitución Política del Perú, así como con los tratados internacionales y los convenios de la Organización Internacional del Trabajo.
2. Se recomienda a los legisladores considerar que las normativas para el fomento, formalización y desarrollo de las microempresas deben tener un carácter temporal y no permanente. Estas normativas deben implementarse solo por un periodo determinado, con el objetivo de que una gran parte de las microempresas informales logren formalizarse. La realidad ha demostrado que, incluso con la emisión de este tipo de dispositivos normativos, la informalidad no ha disminuido notablemente.
3. Se recomienda a las trabajadoras gestantes que pertenecen al régimen laboral de la microempresa hacer valer sus derechos laborales a través del Poder Judicial. Aunque existe una norma que impide el acceso al subsidio por maternidad para las trabajadoras gestantes de este régimen, los jueces tienen la autoridad para aplicar el control difuso de las normas, conforme al artículo 138° de la Constitución Política del Perú. Esto permite que los jueces puedan inaplicar una norma que contravenga los derechos fundamentales, garantizando así la protección de los derechos de las trabajadoras.

Lista de Referencias

- Alexy, R. (1997). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Arias, J. (2015). *Filosofía y Política de los Derechos Humanos. Teoría Crítica de los Derechos Humanos*. México: UNAM.
- Barbagelata, H. (2009). *El Particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos Laborales*. Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- Benadava, S. (1999). *Derecho Internacional Público, 6° Ed.* Chile: Editorial Jurídica Cono Sur.
- Bernal, C. (2010). *Metodología de la investigación*. Cali, Colombia: Editorial Pearson.
- Bertranou, F. (2005). *Protección social en Argentina. Financiamiento, cobertura y desempeño, 1990-2003*. Santiago de Chile: Oficina Internacional del Trabajo.
- Camaño, R. (2014). *Impacto de los beneficios promovidos por la Ley de Formalización Empresarial y Laboral en Colombia*. Cartagena, Colombia. Obtenido de <http://https://repositorio.unicartagena.edu.co/handle/11227/1442>
- Cascajo, J. (1988). *La tutela constitucional de los derechos sociales, Cuadernos y Debates*. Madrid, España: Editorial CEC.
- Chacaltana, J. (2008). *Una Evaluación del Régimen Laboral Especial para la Microempresa en Perú, al cuarto año de vigencia*. Lima, Perú: Estudio

preparado para la OIT.

Obtenido:http://www.cedepperu.org/img_upload/c55e8774db1993203b76a6afddc995dc/Ley_Mype_Per_final_final_revisada.pdf.

Carrasco, S. (2008). *Metodología de la investigación científica*. Lima, Perú: Fondo Editorial San Marcos.

Cruzado, A. (2015). *La afectación de los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada al extinguir el empleador la relación laboral durante el periodo de prueba*. Obtenido de <http://repositorio.upn.edu.pe/handle/11537/6346>

Del Solar, F. (2000). *Los Derechos Humanos y su Protección*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

Díaz, E.; Guevara, J.; Morejón, E. (2012). *Principios Constitucionales del derecho laboral como criterio para recuperar los derechos de los trabajadores*. El Salvador. Universidad de El Salvador. Obtenido de <http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/4911>.

Fernández, E. (1982). *El problema del fundamento de los derechos humanos*. Madrid: Universidad Complutense.

Ferrajoli, L. (2010). *La crisis del paradigma constitucional, en "El Canon Neo constitucional"*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Garriguez Giménez, A. (2004). *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de seguridad social*. Madrid, España: Consejo Económico y Social.

- Gerstenberg, O. (1997). *Bürgerrechte und deliberative Demokratie. Elemente einer pluralistischen Verfassungstheorie*, Frankfurt, Germany: Suhrkamp.
- Häberle, P. (1994). *La libertad fundamental*. Berlín: Duncker & Humboldt.
- Hernández, R. (1986). *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*. Madrid: Tecnos.
- Hernández, R., Fernández, G., & Baptista, M. (2014). *Metodología de la investigación*. México: McGraw Hill.
- Herrera, J (2002). *Métodos y técnicas de la investigación cualitativa*. Bogotá, Colombia: Editorial síntesis.
- Hervada, J. (1993). *Introducción crítica al derecho natural*. Pamplona, España: Eunsa.
- Howard, Ch. (1991). *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Madrid, España: CEC.
- Humblet, M. (2001). *Las Normas Internacionales de Trabajo: Un Enfoque Global*. Ginebra, Suiza: OIT.
- Humblet, M.; Silva, R. (2002). *Normas para el Siglo XXI: Seguridad Social*. Ginebra, Suiza: OIT.
- Landa, C. (2017). *Los derechos fundamentales*. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Landa, C. (2003). *Teorías de la interpretación constitucional de los derechos fundamentales*. Lima, Perú: Editorial Palestra.

- López, G., Silva, R.; Egorov, A. (2002). *Seguridad social*. Ginebra, Suiza: Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, OIT.
- Lora, G. (2008). *El nuevo régimen laboral de la micro y pequeña empresa*. Lima, Perú: Revista Jus.
- Martínez, J. (1998). *Elementos del Derecho del Trabajo y de la seguridad social*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Massini, C. (1994). *Filosofía del derecho. El derecho y los derechos humanos*. Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo-Perrot.
- Montt, M. (1999). *Principios de Derecho Internacional del Trabajo*. Santiago, Chile.
- OIT (1995). *Seguridad Social: Guía de Educación Obrera*. Ginebra.
- Pérez, A. (1991). *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid, España: Tecnos.
- Pérez, A. (1984). *Los derechos humanos*. Madrid, España: Tecnos.
- Piza, R. (1984). *Derecho y Derechos Humanos*. Madrid, España: Ivstitia.
- Puntriano, C. (2008). *Análisis de la constitucionalidad del régimen laboral especial de las micro y pequeñas empresas*. Lima, Perú: Revista Jus.
- Quiroz, W. (1998). *La Investigación Jurídica*. Lima, Perú: Colmena Editores.
- Quispe, G. (2010). *Subsidios Laborales*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.
- Rendón, J. (1985). *Derecho de la Seguridad Social*. Lima, Perú. Ediciones Tarpuy.

- Revilla, J. (2010). *Principio de Integridad de la Seguridad Social*.
<http://jorgemachicado.blogspot.com/2010/08/integridad.html>.
- Rodríguez, I. (2008). *Mujeres y Naciones Unidas. Igualdad, desarrollo y paz*.
Madrid. Obtenido de
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3027024>.
- Sánchez, C. (2012). *Una visión ponderada de la legislación laboral*. Obtenido de
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2845>
- Sen, A. (2000). *Desarrollo y Libertad*. Barcelona, España: Editorial Planeta S.A.
- Sentencia recaída en el Exp. 0008-2003-AI-TC. (2003). *Caso inconstitucionalidad contra el artículo 4° del Decreto de Urgencia N° 140-2001, Fundamento 4.1*. Tribunal Constitucional del Perú.
- Sentencia recaída en el Exp. 0041-2004-AI/TC (2004). *Sobre la inconstitucionalidad de las Ordenanzas 171-MSS y 172-MSS*.
Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00041-2004-AI.pdf>.
- Smend, R. (1928). *Verfassungs und Verfassungsrecht*. Berlín, Germany: Ed. Duncker & Humblot.
- Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. (2010).
Retos del Derecho del Trabajo Peruano: Nuevo Proceso Laboral, Regímenes Especiales y Seguridad y Salud en el Trabajo. Lima, Perú:
El Búho E.I.R.L.

Vanossi, J. (1982). *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*.

Buenos Aires, Argentina: Universidad Buenos Aires.

Vecchio, G. (1968). *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans la*

revolution française. Roma, Italia: edition Fondation Européenne

Dragan.