**DERECHOS LABORALES DE LA MADRE TRABAJADORA**

**RESUMEN EJECUTIVO**

**Edwin Ricardo** CORRALES MELGAREJO1

**Charles Henrry** ULLOA GAMARRA2

La mujer en relación laboral subordinada, aún se encuentra en desventaja con el varón, esta situación se ahonda más cuando asume el rol de madre. Por ello, la justicia de la desigualdad compensatoria en el ordenamiento jurídico peruano y supra nacional, han regulado un conjunto de derechos laborales y de la seguridad social, que en este artículo describimos, en particular la estabilidad laboral reforzada en el periodo de gestación y después del parto. Todo lo cual, será sometido al análisis propositivo en sus aspectos críticos, atendiendo a la sobreprotección del Estado peruano a la madre que trabaja.

**Palabras claves**: Madre trabajadora – Sobreprotección laboral – Licencia por maternidad – Hora de lactancia.

**INTRODUCCIÓN:**

A lo largo del tiempo, la labor de la mujer en la sociedad patriarcal, en particular en los centros de trabajo, ha sido relegada por su condición de tal a una función secundaria, incluso su remuneración infravalorada y discriminada cuando asume el rol de madre. Sin embargo, a partir de las revoluciones liberales y movimientos feministas, la mujer ha conquistado sus derechos políticos, laborales, educativos, entre otros, desarrollando un proceso de liberación global.

En nuestro ordenamiento jurídico, estos esfuerzos han alcanzado reconocimiento en el texto constitucional, inicialmente en la Carta del año 1979 y posteriormente en la de 1993, en cuyo artículo 4° prevé que: *“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente,* ***a la madre*** *y al anciano en situación de abandono (…)”.* En su artículo 23°, consagra que el Estado protege especialmente a la madre que trabaja.

Esta tutela reforzada a la madre trabajadora, implica la obligación del Estado y las empresas de generar las condiciones necesarias, que permitan a las mujeres el desarrollo pleno de su capacidad productiva y reproductiva, conciliando su proyecto de vida laboral y familiar. Así también, propender a que el trabajo de las mujeres se ejerza en iguales condiciones con el varón; y, cuando asuma la función de madre, regular los apoyos, asistencia y facilidades para el ejercicio de su derecho a la maternidad, sin menoscabo de

1 Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Máster Magistratura Contemporánea: La Justicia del siglo XXI de la Universidad de Jaén, España. Presidente de la Primera Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Junín (CSJJU).

2 Abogado por la Universidad Continental. Discente de la Maestría en Derecho con Mención en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos – UNMSM.

Asistente de Juez Superior de la Primera Sala Laboral Permanente de la CSJJU.

Las opiniones vertidas en el presente texto no vinculan a las decisiones adoptadas por la Primera Sala

Laboral Permanente de la CSJJU.

su derecho al trabajo y a la estabilidad laboral, como parte del plexo de los derechos fundamentales que le asisten.

Ahora bien, los avances de las luchas emprendidas por las mujeres en la búsqueda del reconocimiento de sus derechos, ya muestra logros con su actual mayor participación en los asuntos sociales, educativos, políticos y laborales, entre otros ámbitos, registrándose así cambios muy importantes, por ejemplo, altos cargos dentro de la organización del Estado, están siendo ejercidos por mujeres, así tenemos en sede nacional a las presidentas del Tribunal Constitucional, Ministerio Público, Poder Judicial, Congreso de la República y primera ministra, ello sin mencionar de un tiempo a esta parte, avances en la paridad de género en las carteras ministeriales y cargos de dirección tanto en el Estado como en el ámbito privado.

A tal punto que, según SERVIR (2019) el sector público en *el año 2017 contaba con alrededor de 1 millón 422 mil servidores, de los cuales 47% eran mujeres* (p. 4). La presencia de la mujer en el servicio civil aumentó de 43% a 47% durante el periodo 2004-2017. Hoy, en el sector público, alrededor del *5 de cada 10 servidores son mujeres, frente a 3 de cada*

*10 en el sector privado formal*, ya que las trabajadoras representan el 35.3% frente al

64.7% de trabajadores. (pp. 4 – 5)

Hay, pues, cierto protagonismo de las mujeres, que no solo se debe al esfuerzo de cada una de ellas, sino también a los cambios legislativos que se han ido emparejando las oportunidades, promoviendo el masivo ingreso de las mujeres al mercado laboral, su mayor nivel educacional y el significativo aporte que realizan a la manutención de sus familias y el desarrollo del país. Sin embargo, la violencia estructural contra la mujer aún persiste, como así lo ha denominado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en emblemáticas sentencias en el caso Gonzales y otras (“Campo Algodonero”) v. México, el caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) v. Costa Rica, y el caso I.V. v. Bolivia (“Esterilizaciones forzadas”).

En lo laboral, también subsisten fuertes patrones de desigualdad de género en el trabajo, un claro ejemplo es la realidad que afrontan las trabajadoras embarazadas, quienes por su estado de gravidez se encuentran en una situación desfavorable y discriminatoria frente a otros trabajadores. Así lo ha evidenciado, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), con ocasión del Convenio N° 183, dando a conocer que aún hay empresas que exigen la prueba de embarazo como requisito para acceder a un puesto de trabajo, y obligan a la trabajadora gestante a trabajar en las mismas condiciones como si no estuviera embarazada, poniendo en peligro su salud y la del concebido.

En efecto, el estado de gestación y posterior lactancia hace vulnerables a las madres trabajadoras, para su mitigación se ha creado el “**fuero de maternidad**”, comprendiendo dispositivos normativos de orden internacional y nacional, con el objetivo de proteger los derechos de las trabajadoras antes, durante y después del nacimiento de su hija o hijo. Así, surgen las siguientes interrogantes: ¿Qué derechos tiene una madre trabajadora?

¿Ella tiene derecho a la estabilidad laboral por su condición de gestante o por la lactancia?

¿Ostenta una sobreprotección contra el despido? ¿Cuál es la jurisprudencia al respecto? Preguntas que trataremos de responder en el desarrollo del presente artículo.

**I. DERECHOS LABORALES DE LA MADRE TRABAJADORA DE FUENTE CONVENCIONAL INTERNACIONAL**

La OIT ha desempeñado un rol protagónico en la construcción de los derechos laborales a favor de la mujer y madre trabajadora. Veamos:

**1. El Convenio OIT N° 100 sobre igualdad de remuneraciones**

Este acuerdo se adoptó en la 34ª reunión CIT (29.06.1951), ratificado por el Perú (1.2.1960), cuyo propósito fue de consagrar el principio de igualdad remunerativa, respecto a equiparar los salarios entre hombres y mujeres, cuando realizan igual trabajo. La igualdad remunerativa por un trabajo de igual valor es un derecho humano, pues, establecer ingresos desiguales por el solo hecho de ser mujer, violenta la dignidad de toda trabajadora, deviniendo en discriminatoria y arbitraria tal política del dador del trabajo, constituyendo su interdicción un significativo avance de civilización.

Ciertamente, nada impide que existan diferencias entre el salario de dos personas que realizan similar trabajo, pero la distinción nunca puede tener como motivo el sexo de las personas, sino que deben ser producto de justificaciones objetivas, sea por exigencias razonables de condiciones personales o laborales necesarias, entre otras3, para el cumplimiento del trabajo, no obstante que este es el mismo. Como se recordará, en el Perú este derecho fue regulado mediante la Ley 30709 que prohíbe la discriminación remunerativa entre hombres y mujeres (p. 27.12.2017).

**2. El Convenio OIT N° 103 sobre la protección de la maternidad**

Este Convenio, no ratificado por Perú, fue aprobado en Ginebra por convocatoria del Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada la Asamblea en dicha ciudad el 4 junio 1952 en su 35a reunión; y, aplica a las mujeres empleadas en empresas industriales y en trabajos no industriales y agrícolas, comprendidas las mujeres asalariadas que trabajen en su domicilio, y en su artículo 3 presenta el listado de prerrogativas siguientes:

1. Toda mujer […] tendrá derecho, mediante presentación de un certificado médico en el

que se indique la fecha presunta del parto, a un descanso de maternidad.

2. La duración de este descanso será de doce semanas por lo menos; una parte de este descanso será tomada obligatoriamente después del parto.

3. La duración del descanso tomado obligatoriamente después del parto será fijada por la legislación nacional, pero en ningún caso será inferior a seis semanas. El resto del período

3 En el Perú, la Corte Suprema señala reglas para homologar remuneraciones en la Cas. Lab. N° 915-2018, Lima, de las cuales podemos inferir cuándo la diferenciación del ingreso por igual trabajo está o no justificado, a saber: «Igual trabajo no siempre supondrá igual salario. Es necesario para ello evaluar parámetros o factores como la trayectoria laboral, la importancia de la función que realicen los trabajadores, la permanencia en el lugar o antigüedad en un cargo, así como la experiencia profesional. Son estas algunas de las variables que el empleador podrá tomar en cuenta si requiere justificar una diferencia salarial entre dos o más colaboradores» En dicha sentencia, la Corte Suprema señala como causas objetivas de una diferenciación salarial las siguientes: i) la empresa de la cual proviene el trabajador, ii) la trayectoria laboral del trabajador, iii) las funciones realizadas, iv) la antigüedad en el cargo, v) el nivel académico alcanzado, vi) la responsabilidad atribuida en la empresa, y vii) la experiencia y el *expertise* profesional o técnico. Cabe recordar que, a estos criterios se agregan los contenidos en el Reglamento de la Ley de Igualdad Salarial aprobado por DS N° 002-2018-TR, siguientes: viii) la escasez de oferta de mano de obra, ix) el desempeño del cargo, x) la negociación colectiva y si el trabajador es parte del sindicato correspondiente, y xi) el costo de vida del trabajador.

total de descanso podrá ser tomado, de conformidad con lo que establezca la legislación nacional, antes de la fecha presunta del parto, después de la fecha en que expire el descanso obligatorio, o una parte antes de la primera de estas fechas y otra parte después de la segunda.

4. Cuando el parto sobrevenga después de la fecha presunta, el descanso tomado anteriormente será siempre prolongado hasta la fecha verdadera del parto, y la duración del descanso puerperal obligatorio no deberá ser reducida.

5. En caso de enfermedad que, de acuerdo con un certificado médico, sea consecuencia del embarazo, la legislación nacional deberá prever un descanso prenatal suplementario cuya duración máxima podrá ser fijada por la autoridad competente.

6. En caso de enfermedad que, de acuerdo con un certificado médico, sea consecuencia del parto, la mujer tendrá derecho a una prolongación del descanso puerperal cuya duración máxima podrá ser fijada por la autoridad competente.4

**3. El Convenio OIT N° 111 sobre Discriminación en el Empleo y Ocupación**

Recordemos, que dicho pacto fue sancionado en la 42ª reunión CIT (25.06.1958), ratificado por el Perú (10.08.1970), el cual abordó la problemática de aquellas personas que, en el mundo buscan empleo y son discriminadas ya sea por el color de su piel, por su edad, nacionalidad, creencias religiosas o simplemente **por ser mujer**. La discriminación en el empleo y en la ocupación es un fenómeno que se manifiesta en todos los entornos laborales y que no sólo atenta contra la dignidad de las personas, sino que también representa costos para las empresas y la sociedad. Ante ello, la OIT en dicho Convenio, discierne que la discriminación en el empleo y la ocupación es la aplicación de un trato diferenciado (una exclusión, una referencia o una distinción), basado en características personales que no son relevantes para el desempeño de un determinado trabajo, tales como **el sexo**, el color o la raza, la religión, el origen o ascendencia social, la opinión política, discapacidad y distinciones subjetivas de otra índole.

La finalidad de este Convenio, es promover la igualdad de oportunidades y de trato respecto al empleo y la ocupación, sin discriminación por cualquier motivo menos aún por razón de sexo. Los Estados que han ratificado este Convenio se comprometen a promover la igualdad de oportunidades y de trato mediante una política nacional cuyo propósito sea eliminar todas las formas de discriminación en el empleo y la ocupación. El Convenio se aplica también al acceso a la formación profesional y a la admisión en el empleo, así como también a las condiciones de trabajo. En el país, fue de recibo mediante la Ley 28983 de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (p. 16.03.2007).

**4. El Convenio OIT N° 156 sobre Trabajadores con Responsabilidades**

**Familiares**

En las últimas décadas, han aumentado las dificultades al articular trabajo y familia, cuyas causas son el aumento de la participación femenina en la fuerza laboral, los cambios en la estructura de las familias, la economía informal que las deja sin protección social, la poca oferta de servicios públicos de cuidado infantil o de personas a cargo del trabajador que no se valen por sí mismas, la no compatibilidad entre el horario escolar y el laboral, las grandes distancias que separan la casa del local de trabajo y, finalmente, los horarios de trabajo poco flexibles, entre otros. Lo anterior, se agrava en el caso de los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares quienes son discriminados cuando buscan

4 Recuperado de [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100)0::NO:: P12100\_ILO

\_CODE:C103

empleo. Ahora último, el teletrabajo y trabajo remoto durante la emergencia sanitaria, ayudan a superar en algo dichas causas, y con la pronta vigencia de la nueva ley de teletrabajo5 se espera que ambas partes de la relación laboral puedan pactar horarios de trabajo flexibles en especial para la madre trabajadora.

Generalmente, son las mujeres las que ven limitadas sus posibilidades de lograr un empleo remunerado, digno y permanente, debido a sus responsabilidades familiares. Son las madres que por atender a sus hijas e hijos, no disponen del tiempo ni de las condiciones necesarias de capacitarse, por lo demás se les niega el empleo por estar embarazadas o tener prole menor de edad o estudiantes mayores a su cargo. Esta realidad, coloca a las mujeres en una situación de desigualdad de oportunidades y de trato respecto a los hombres.

Es por ello que, entre los objetivos principales de este Convenio (3.06.1981), es la adopción por las naciones suscribientes6, de medidas de protección y garantías igualitarias entre hombre y mujeres con responsabilidades familiares, como entre trabajadores con y sin ellas. Dicho pacto, es aplicable a todos los sectores, actividades económicas y categorías de trabajadores donde las responsabilidades familiares restrinjan las posibilidades de avanzar y ascender laboralmente. Sin embargo, aunque dicho Convenio no esté dirigido únicamente a las madres trabajadoras, es claro que una de sus finalidades principales, es superar la discriminación que aquéllas enfrentan por causa de sus responsabilidades familiares.

**5. El Convenio OIT N° 183 sobre Protección de la Maternidad**

En resumen, desde su fundación, la OIT enfrentó esta problemática como es de verse del compromiso de proteger a las mujeres consagrado en el preámbulo de su constitución7, asimismo, mediante el Convenio N° 3 de 1919 sobre Protección a la Maternidad, en el año 1952 emitió el antes citado Convenio N° 103, le sigue el Convenio 183, aprobado el

15 de junio del 2000 en la 88ª reunión de la OIT, que fue ratificada por el Perú mediante el Decreto Supremo N° 012-2016-RE, y entró en vigor el 9 de mayo de 2017.

Este último Convenio, protege los derechos de las trabajadoras antes, durante y después del nacimiento de su prole, reafirma los principios fundamentales de la protección a la maternidad, ante las enfermedades que sean consecuencia del embarazo o parto, y a las complicaciones que puedan derivarse; además, prevé un período de protección al empleo más largo que en ese entonces teníamos en sede nacional, asimismo, acuerda que todo país miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación; por último, prevé la licencia de maternidad en el caso de enfermedad o de complicaciones en el embarazo.

Respecto de la protección de la salud, este convenio sostiene que ninguna mujer trabajadora embarazada o lactante puede ser obligada a desempeñar un trabajo que ponga en peligro su salud o la del concebido (artículo 3). Por ejemplo, realizar trabajos que exigen gran esfuerzo físico, o trabajos en los que se está en contacto con productos químicos, etc. En estos y otros casos peligrosos, la empresa debería temporalmente cambiar de puesto a la trabajadora y asignarle una tarea de menor riesgo, adecuada a la evolución de su embarazo.

5 Recuperado de https://lpderecho.pe/congreso-nueva-ley-teletrabajo/

6 Aprobado por el Perú mediante la Resolución Legislativa N° 24508 del 23.05.1986.

7 Recuperado de [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO:62:P62\_LIST\_ENTRIE\_](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE)ID:

2453907: NO #A1

En relación, a la licencia de maternidad, el Convenio establece un mínimo de 14 semanas de goce, sin embargo, no todos los países latinoamericanos respetan dicho parámetro, pues, para Argentina, Uruguay y Paraguay es de 12 semanas, empero, para Chile y Brasil es de 18 y 17 semanas, respectivamente. Según los Convenios 103 y 183 de la OIT, una parte de ese período, nunca menor a seis semanas, tiene que ser tomado por la madre, obligatoriamente, después del parto. En caso de enfermedad o complicaciones, el Convenio establece que además del período de licencia por maternidad, la trabajadora gestante tiene derecho a una licencia especial.

En cuanto a las prestaciones, el Convenio estipula que las trabajadoras ausentes del trabajo por licencias de maternidad o enfermedad tienen derecho a prestaciones pecuniarias. Estas deben ser, proporcionadas por el empleador o el Estado a través del sistema de seguridad social u otros medios, y propiciar a la madre trabajadora ayuda económica que le garantice a ella, a su hijo o hija la salud apropiada y un nivel de vida adecuado. Si estas prestaciones pecuniarias, se fijan de acuerdo a las ganancias que la mujer trabajadora tiene en el momento del embarazo, estas no pueden ser menor a los dos tercios.

El Convenio también establece la **prohibición** del empleador de despedir a su trabajadora embarazada, durante el goce de sus licencias por maternidad, en caso de enfermedad o complicaciones, y después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. Además, se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a uno equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad.

Finalmente, sobre la madre trabajadora lactante, el Convenio establece que tiene derecho a una o varias interrupciones por día o a una reducción diaria del tiempo de trabajo para la lactancia del bebé. Estos lapsos para la lactancia o la reducción diaria del tiempo de trabajo, deben considerarse como tiempo de trabajo remunerado, en consecuencia, no cabe descontar ni reducir su salario.

**6. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la**

**Violencia contra la Mujer**

Este pacto regional llamado también “Convención de Belem do Pará”, suscrita en el XXIV Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA (9.6.1994), ha previsto garantías, deberes de los Estados, derechos, protecciones y prohibiciones tanto para el ámbito público como el privado, a fin de erradicar las prácticas discriminatorias, en salvaguarda del pleno goce y ejercicio de los derechos de la mujer, no solo por parte del Estado, sino también un compromiso de respeto por los privados en espacios como, por ejemplo el laboral (el acoso sexual en el trabajo, por la discriminación que se presenta en los puestos de trabajo por aspectos concernientes a los embarazos, las distintas remuneraciones que se otorgan a ambos sexos, o por la sub-representación femenina en algunos puestos), el de salud (por la atención y los servicios que puedan dispensarse, por ejemplo, en las clínicas y hospitales) o el educativo (discriminación contra las niñas y mujeres en centros educativos privados). El Perú aprobó dicha Convención por Resolución Legislativa N° 26583 (22.3.1996) y entró en vigencia el 4 de julio de 1996.

**7. Protección internacional al recién nacido y lactante**

Finalmente, además de la protección convencional a la madre trabajadora, también viene al auxilio del binomio madre-niño, diversos pactos internacionales, como son: la **Declaración de los derechos del niño, cuyos principios dos y seis que consagran** «El

derecho a tener una protección especial para el desarrollo físico, mental y social del niño» y «El derecho a la comprensión y al amor de los padres y de la sociedad»; la **Declaración Universal de los Derechos Humanos,** Artículo 25.2: «La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales […]»; la **Convención sobre los Derechos del Niño,** Artículo 3.1: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño»; la **Convención Americana sobre los Derechos Humanos,** Artículo 19 Derechos del Niño: «Todo niño tiene derecho a las medidas de protección de su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado»; el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,** Artículo 24.1:

«Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado»; y, el **Pacto Internacional del Derecho Económicos Sociales y Culturales,** Artículo 10.3 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: «3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños […], sin discriminación alguna […]»

Estos derechos y principios, han tenido recepción en sede nacional, en el **Código del Niño y del Adolescente**, según su Artículo 8 A vivir en una familia: «El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia. El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado. El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos. Los padres deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral.»

**II. DERECHOS LABORALES DE LA MADRE TRABAJADORA EN PERÚ**

**1. Licencia por maternidad**

En nuestro ordenamiento jurídico, rige la Ley 30367 (p. 25.11.2015) que modificó el artículo 1° de la Ley 26644, otorgando un total de 98 días de licencia por maternidad (14 semanas), sea en el sector público o privado. En su reglamento aprobado por el DS 002-

2016-TR, se dispone que la licencia por maternidad se extenderá por 30 días más, en caso de nacimiento múltiple o cuando el hijo o hija haya nacido con alguna discapacidad. Además, debemos hacer mención que, en el caso de prematuros, sea que el concebido vea la luz entre las semanas 22 y 30, el derecho a descanso por maternidad estará condicionado a que el concebido nazca vivo y sobreviva más allá de las 72 horas, pero si el alumbramiento se produjera después de las 30 semanas, la madre tendrá el derecho al descanso aun cuando fallezca el bebé. También, el padre tiene derecho a una licencia por paternidad según la Ley N° 30807 (5.7.2018), que modificó la Ley 29409, que concedió tal derecho a los trabajadores de la actividad pública y privada.8

8 **Artículo 2.- De la licencia por paternidad**

2.1 La licencia por paternidad a que se refiere el artículo 1 es otorgada por el empleador al padre por diez

(10) días calendario consecutivos en los casos de parto natural o cesárea.

2.2 En los siguientes casos especiales el plazo de la licencia es de:

a) Veinte (20) días calendario consecutivos por nacimientos prematuros y partos múltiples.

**2. Subsidio por lactancia y maternidad**

Las Leyes Nos 26646, 27402 y 27606 regulan el derecho al subsidio por lactancia y maternidad, para su percepción es necesario que la madre trabajadora se encuentre afiliada a EsSalud al momento de la concepción. En este caso, el empleador paga el subsidio y luego solicita el reembolso a EsSalud, el cual será equivalente a la remuneración habitual percibida por la trabajadora. Sin embargo, en comparación a países como Portugal, por ejemplo, gracias a que la licencia por maternidad es de 5 meses, se paga un subsidio equivalente al 80% de la remuneración habitual de la madre.

Por otro lado, el subsidio por lactancia estará condicionado a que el concebido nazca vivo, cuyo abono es de S/ 820 soles y es otorgado directamente por EsSalud a la madre, o en caso de fallecimiento de esta, al padre. Ante parto múltiple, el importe señalado se otorgará a razón de cada hijo, precisando que es un pago único. La regulación de este beneficio se regla en el D. S. Nº 13-2019-TR, que aprobó el Reglamento de Reconocimiento y Pago de Prestaciones Económicas de la Ley Nº 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud.

**3. Permiso por lactancia**

La Ley N° 28731, otorga permiso por lactancia, esto es, al finalizar el período de la licencia posnatal, la madre trabajadora tiene derecho a una hora diaria de permiso por lactancia hasta que su bebé cumpla un (1) año de su edad. En caso de parto múltiple, el permiso se incrementa por una hora más diaria. Este permiso podrá ser fraccionado en dos tiempos iguales y será otorgado dentro de la jornada laboral, en ningún caso se le descuenta. Las partes podrán convenir el horario, por ejemplo, si una trabajadora labora de lunes a viernes en jornada de 8 horas diaria, al reincorporarse al centro de labores al vencimiento del plazo de la licencia por maternidad, sólo tendrá una jornada diaria de 7 horas por los próximos 12 meses y, si tuvo un parto múltiple será de 6 horas.

**4. Derecho a lactario**

Desde el año 2006, mediante el Decreto Supremo N° 009-2006-MIMDES dispuso la implementación de lactarios en el sector público, posteriormente, en julio del año 2012, se publicó la Ley Nº 29896 que amplió la obligatoriedad de la implementación de lactarios institucionales a las empresas del sector privado, donde laboren al menos 20 mujeres en edad fértil, esto es, entre 15 y 49 años de edad.

b) Treinta (30) días calendario consecutivos por nacimiento con enfermedad congénita terminal o discapacidad severa.

c) Treinta (30) días calendario consecutivos por complicaciones graves en la salud de la madre.

2.3 El plazo de la licencia se computa a partir de la fecha que el trabajador indique entre las siguientes alternativas:

a) Desde la fecha de nacimiento del hijo o hija.

b) Desde la fecha en que la madre o el hijo o hija son dados de alta por el centro médico respectivo.

c) A partir del tercer día anterior a la fecha probable de parto, acreditada mediante el certificado médico correspondiente, suscrito por profesional debidamente colegiado.

2.4 En el supuesto que la madre muera durante el parto o mientras goza de su licencia por maternidad, el padre del hijo/a nacido/a será beneficiario de dicha licencia con goce de haber, de manera que sea una acumulación de licencias.

2.5 El trabajador peticionario que haga uso de la licencia de paternidad tendrá derecho a hacer uso de su descanso vacacional pendiente de goce, a partir del día siguiente de vencida la licencia de paternidad. La voluntad de gozar del descanso vacacional deberá ser comunicada al empleador con una anticipación no menor de quince días calendario a la fecha probable de parto de la madre

Es importante precisar que, el lactario es un ambiente apropiadamente implementado para la extracción y conservación adecuada de la leche materna durante el horario de trabajo, el cual debe reunir las condiciones mínimas que garanticen su funcionamiento óptimo. La madre trabajadora tendrá derecho de hacer uso de los ambientes del lactario como mínimo durante 1 hora diaria, naturalmente, que los horarios y formas deberán ser fijados en el Reglamento Interno del Trabajo de cada entidad o empresa.

**5. Asignación familiar**

Por su parte, la Ley N° 25129 establece a favor de la madre trabajadora (y también de los padres), el derecho a percibir una “asignación familiar” mensual equivalente al 10% de la remuneración mínima vital vigente a la fecha del pago, actualmente, asciende a S/

93.00, pudiendo incrementarse por Convenio Colectivo. Este derecho, lo percibe la madre trabajadora hasta que su hijo o hija cumpla los 18 años, salvo que se encuentren efectuando estudios superiores o universitarios, en cuyo caso se extenderá el goce del beneficio hasta la culminación de estos, por un periodo máximo de seis años, es decir, hasta que aquellos cumplan 24 años de edad. No incluyen los estudios de posgrado ni de segunda especialización.

**6. Licencia laboral por adopción**

Por último, la Ley N° 27409 (25.01.2001) estableció el derecho del trabajador y trabajadora solicitantes de adopción, tienen derecho a una licencia con goce de haber correspondiente a treinta días naturales, contados a partir del día siguiente de expedida la Resolución de Colocación Familiar y suscrita la respectiva Acta de Entrega del niño, siempre que no tenga más de doce años de edad (Art. 1), para cuyo efecto deberá comunicar expresamente a su empleador, en un plazo no menor de quince días naturales a la entrega física del niño, de la voluntad de gozar de la licencia correspondiente. (Art.

2). Empero, cuando el adoptante es un matrimonio, sólo tendrá derecho a esta licencia la mujer (Art. 4).

**7. Derecho a no ser trasladada a ciudad distintita de su residencia habitual**

Como se sabe, el empleador está facultado para modificar, unilateralmente, el contrato de trabajo (*ius variandi*) y disponer el traslado del trabajador a una ciudad distinta de su residencia habitual, siempre que exista causa objetiva de necesidad funcional y razonabilidad (proporcionalidad) que justifiquen tal decisión, conforme alude el artículo 9 de la LPCL9, pues, si tal decisión tiene como real motivo causar perjuicio al trabajador, este puede considerarse hostilizado, según lo previsto en el artículo 30.c) de la NLPT10. En caso, que la trabajadora madre sea gestante o durante la lactancia, con mayor razón le alcanza tal protección, conforme así lo ha establecido la Casación 2456-2014, en que la Corte Suprema determinó la interdicción de la arbitrariedad de la orden de empleador de trasladar a la demandante de Lima a Lambayeque, pese a tener una recién nacida y lactante, que merecía espacial protección. A continuación, el fundamento destacado:

9 Artículo 9.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador. El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.

10 Artículo 30.- Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes: […] c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio;

**Décimo Noveno.-** […] el **traslado** dispuesto para que la demandante labore en la sede la institución demandada ubicada en Lambayeque, resulta ilegal en la medida que, teniendo la condición de madre primeriza y lactante, le ha sido vulnerado sus derechos constitucionales como madre, así como los derechos de su menor hija, si bien es cierto la recurrente firmó un documento en la que se estableció la posibilidad de ser **trasladada** geográficamente, esta cláusula no puede imponerse frente a la protección a la **mujer trabajadora** y al niño dentro del texto Constitucional.11

**8. Derecho a la protección de la mujer gestante que realiza labores que pongan en riesgo su salud y el desarrollo normal del embrión o feto**

La Ley Nº 28048 y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 009-2004-TR, regula esta prerrogativa a una labor adecuada al estado de embarazo, esto es, reconoce el derecho de la trabajadora durante el periodo de gestación, a no realizar trabajos que pongan en riesgo su salud o la del concebido, obligando al empleador al cambio temporal de las tareas asignadas a la colaboradora. Subsecuentemente, la R. M. Nº 374-2008-TR aprobó el listado de los agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales que generan riesgos para la salud de la mujer gestante y el desarrollo normal del embrión y el feto, sus correspondientes intensidades, concentraciones o niveles de presencia y los períodos en los que afecta el embarazo; el listado de actividades, procesos, operaciones o labores, equipos o productos de alto riesgo; y, los lineamientos para que las empresas puedan realizar la evaluación de sus riesgos.

**9. Derecho ampliado de las medidas de protección laboral para mujeres gestantes y madres lactantes en casos de emergencia sanitaria**

A consecuencia, de la pandemia que azota al país se emitió la Ley Nº 31051 (8.10.2020), que modificó el artículo 1 de la Ley 28048, Ley de Protección a favor de la Mujer Gestante que Realiza Labores que Pongan en Riesgo su Salud y/o el Desarrollo Normal del Embrión y el Feto, y que tiene por objeto agregar la protección de la madre trabajadora frente al contagio de la COVID-19, a saber:

Durante la vigencia del estado de emergencia nacional de carácter sanitario declarada por el Estado, el empleador identifica a las trabajadoras mujeres gestantes y madres lactantes cuya integridad o la de su menor hijo/a son puestas en riesgo por las circunstancias que propiciaron el estado de excepción decretado, a efectos de aplicar de forma obligatoria el trabajo remoto para el cumplimiento de sus actividades laborales.

Cuando la naturaleza de las labores no sea compatible con el trabajo remoto y mientras dure la emergencia sanitaria, el empleador asigna a las mujeres gestantes y madres lactantes labores compatibles con las funciones que originalmente realizaban, o en su defecto otorga preferentemente licencia con goce de haber sujeta a compensación posterior.

**10. Derecho a una vida libre de violencia**

Este derecho, también, aplica para el ámbito laboral, y se puede extraer de los artículos

8, literales b) - d).4, 9 y 11 del Texto Único Ordenado de la Ley Nº 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, aprobado por el DS Nº 4-2020-MIMP (6.9.2020), que define la violencia psicológica, económica y prevé las medidas de: a. A no sufrir despido por causas relacionadas a dichos actos de violencia; y, b. Al cambio de lugar de trabajo en tanto sea posible y sin menoscabo de sus derechos remunerativos y de categoría. Lo mismo se

11 Recuperado de https://lpderecho.pe/casacion-2456-2014-lima-traslado-no-procede-afecta-derechos- madre-trabajadora/

aplica para el horario de trabajo, en lo pertinente. En síntesis, todo empleador que violenta los derechos laborales de la madre trabajadora antes glosados, comete violencia contra ella, por lo que merece urgente tutela administrativa y jurisdiccional.

**III. PROTECCIÓN REFORZADA DE LA MADRE TRABAJADORA**

**1. Sobre el despido nulo de la madre trabajadora**

El Convenio OIT 183 sobre la protección de la maternidad en el empleo y no discriminación, estableció lo siguiente:

Artículo 8

1. **Se prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada**, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, **excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia**. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador.

2. Se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad. (Énfasis nuestro)

Por su parte, la Constitución del Perú en su artículo 23, prescribe 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.* (Énfasis nuestro). Al cual aunamos la interdicción a la discriminación con base a la igualdad de oportunidades en el trabajo, consagrado en su artículo 26.1, concordante con su artículo

2.2. Estos principios, en especial el tuitivo por maternidad y el derecho convencional aludido, fundamentan la prohibición del empleador de despedir a la madre trabajadora por motivo de su embarazo, que en substancia es una discriminación basada en el sexo, ya que solo el femenino es de predisposición biológica para la reproducción de la especie, así también lo ha discernido la STC 05652-2007-PA/TC (Fj 52)12 y la Casación N° 15690-2016 Lima Norte, a saber:

“**Décimo**: (…) [E]l despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo; por tanto, sobre la base del derecho a la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras, puede concluirse que la mujer embarazada está protegida contra todo despido por razón de su condición durante el período de embarazo”13

Con la finalidad que, la legislación peruana en esta materia esté a tono con dicho mandato convencional, recientemente se expidió la Ley N° 31152 (1.4.2021), que modificó el

12 Resumen: En el caso de las mujeres, la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la necesidad de terminar con la histórica situación de inferioridad de la mujer en la vida social, política y jurídica. Ello sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. Por ello, el despido de una trabajadora por razón de su embarazo o en los tres meses posteriores al parto constituye una discriminación directa basada en el sexo, como también lo es la negativa a contratar a una mujer embarazada, o cuando una trabajadora percibe una remuneración inferior al de un trabajador por un mismo trabajo. Recuperado de https[://www.womenslinkworldwide.org/en/files/1313/official-summary-only-in-spanish.pdf](http://www.womenslinkworldwide.org/en/files/1313/official-summary-only-in-spanish.pdf)

13 Recuperado de [https://lpderecho.pe/nulo-despido-empleador-estado-gestacion-trabajadora-cas-lab-](https://lpderecho.pe/nulo-despido-empleador-estado-gestacion-trabajadora-cas-lab-15690-2015-lima-norte/)

[15690-2015-lima-norte/](https://lpderecho.pe/nulo-despido-empleador-estado-gestacion-trabajadora-cas-lab-15690-2015-lima-norte/)

artículo 29.e) del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de

Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003 -

97-TR (LPCL), que amplió las causales de despido nulo según el artículo 8 del

Convenio 183, veamos:

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

(…)

e) El embarazo, **el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia**, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al **nacimiento**. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, **el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia** si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir. **La disposición establecida en este inciso es aplicable también a la trabajadora durante el periodo de prueba regulado en el artículo 10, así como a la que presta servicios bajo el régimen de tiempo parcial de cuatro o menos horas diarias, dispuesto en el artículo 4**. Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa. (Lo destacado es la modificación normativa)

Este artículo, contempla una presunción legal relativa14 a favor de la madre trabajadora, siempre que el empleador no demuestre lo contrario (*iuris tantum*), pues, debemos entender que todo despido que se produce en cualquier momento del estado de gravidez, puerperio o dentro de los 90 días posteriores al parto, se presume que tiene por motivo el embarazo o su consecuencia. Sin embargo, dicha presunción legal será aplicable siempre que el empleador hubiese sido notificado documenta lmente del embarazo, en forma previa al despido. Sobre esto último, la Corte Suprema mediante la Casación Laboral N° 2213-2005-Arequipa, estableció que esta exigencia legal, no será requerida si el estado de gestación es **notorio** por el desarrollo del concebido, cuyo precedente, fue la Casación N.° 275-2005 Arequipa15 (15.12.2005), pues resolvió el caso de una trabajadora gestante que fue cesada cuando tenía siete meses de gestación, y que no comunicó con documento alguno su estado de gravidez. Al respecto, la Suprema señaló lo siguiente:

Por un lado, **el estado de gestación no evidente**, esto es, aquellos supuestos en donde la apariencia de la trabajadora no muestra su real situación especial al momento de la desvinculación, en cuyo caso sí se requiere comunicar documentalmente el estado de gestación.

Por otro, **el estado de gestación evidente o notorio**, en cuyo caso no se requiere acreditar la notificación documental del estado de gestación, sino que se aplicará directamente la presunción de nulidad establecida en el literal e) del artículo 29 de la LPCL.

14 En primer lugar, la presunción legal establece un hecho consecuencia que cabe dentro de lo normal o posible según las máximas de la experiencia, que son subsumidas en la norma en concreto, producto de una relación jurídica que enlaza entre sí, un hecho conocido y cierto con un hecho desconocido e incierto, vale decir, una afirmación base con una afirmación resultado, que es lo que se presume. En segundo lugar, para que la presunción legal exista -tal como su nombre lo indica- debe estar contenida o establecida en una norma legal. Y, por último, la presunción relativa siempre admite la prueba de lo contrario, y tiene validez cuando el beneficiario acredita *la realidad del hecho que a ella le sirve de presupuesto*, según prevé el artículo 279 del Código Procesal Civil.

15 Descargado de https://prcp.com.pe/cuando-se-aplica-la-presuncion-de-nulidad-de-despido-de-las- trabajadoras-gestantes/

Por último, en la Casación Laboral N.° 2213-2006 - La Libertad, es uniforme al sentenciar que:

Resulta irrazonable exigir la notificación documental a la demandada, toda vez que conforme se ha expuesto amplia y razonadamente era conocido el estado de gravidez de la trabajadora; en consecuencia como la norma apunta a entender a la notificación documental como la certeza de que el empleador tome conocimiento del embarazo de la trabajadora, **esta notificación ya no es exigible ante una situación evident e de certeza indudable del estado de gravidez**, por lo que se debe evitar caer en la literalidad del precepto, pues lo que se persigue es la protección […] de la madre trabajadora, y en particular de aquella que se encuentre embarazada. ( Énfasis nuestro)

No obstante, de criterio distinto fue la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) en el Expediente N° 2630-2017-PA/TC (29.10.2020), donde si bien deja establecida la protección reforzada de orden constitucional , que existe a favor de las trabajadoras gestantes y tres meses después del parto; sin embargo , declara infundada la demanda de reposición, por considerar que la demandante no habría cumplido con acreditar que puso de conocimiento su estado de gestación a su empleador . Criterio que no compartimos, pues, como se desprende de sus propios fundamentos, en el proceso constitucional la demandante acreditó tener varios días de descanso médico por su estado de gestación de alto riesgo, hecho que fue de conocimiento del área de recursos humanos de su empleador, empero, ello no fue valorado por el TC.

Por lo demás, coincidimos con Arce (2015), al criticar que el plazo de 90 días (posterior al nacimiento) para impugnar el despido es irrazonable, ya que el peligro de cese injusto también se cierne sobre la madre trabajadora hasta por un año, al tener derecho de gozar por ese lapso de una hora diaria de permiso para amamantar a su bebé, apreciemos:

No entendemos, porqué el legislador concede un plazo tan estrecho de protección, como son 90 días […] posteriores al parto, […] Consideramos, en consecuencia, que si el objeto de la norma es proteger a la mujer trabajadora […], no puede cuadricularse la tutela a un plazo determinado, sin correr el riesgo que la misma quede enervada. Por ello, el juez, desprovisto de todo análisis temporal, deberá apreciar la motivación viciada del empleador, atendiendo a las circunstancias en que ocurrió el despido. (p.

146)

En cuanto a la legislación comparada, Aparicio (2019) alude que en España tal protección es por un periodo más largo y no requiere de formalidad, apreciemos:

En lo que se refiere a la ilegalidad del despido, la legislación española protege a la mujer en gestación desde el primer día de embarazo, independientemente de si ha comunicado o no su estado al empleador y hasta nueve meses después del parto. La protección contra el despido supone que la relación laboral no puede ser extinta unilateralmente por el empleador por motivo del embarazo, porque ello resultaría discriminatorio, de tal forma que, de producirse el despido, la empresa deberá demostrar que su causa no tiene origen en el embarazo, pues de lo contrario el despido será nulo. (p. 438)

La OIT informa que, en Centroamérica la comunicación del embarazo, es un aspecto relevante en la legislación a efectos de aplicar el ***fuero de maternidad***, así tenemos las regulaciones siguientes:

**Costa Rica**: la presentación de la prueba de embarazo tiene un carácter probatorio, pero no un carácter de admisibilidad. Es decir, que el fuero sea aplicado o no, no depende exclusivamente de ello aunque sin duda será un valioso aporte. Aunque la

notificación formal del embarazo no se haya realizado la protección prosperará cuando haya otros indicios que comprueben que el empleador había tenido conocimiento del embarazo por otros medios.

**República Dominicana**: una disposición similar determina que el empleador no podrá alegar desconocimiento si se trata de un embarazo en edad gestacional avanzada. En cualquier caso en este país se requiere probar que el empleador fue notificado por cualquier medio.

**Honduras**: ésta es la única salvedad que hace posible la protección del fuero, cuando no se ha hecho entrega de ningún certificado.

**El Salvador**: la jurisprudencia es contundente al señalar que no importa si se conocía o no la situación de embarazo, ya que la protección constitucional prevalece frente a cualquier contingencia.

**Nicaragua**: también ha establecido que la notificación del embarazo no tiene un carácter determinante a la hora de ejercer los derechos vinculados a la protección a la maternidad.

**Panamá**: otorga mayor importancia a la certificación del embarazo y a los requisitos para que esta sea válida. Así, en el sector privado la prueba válida es el certificado médico y en el sector público el ultrasonido y las pruebas médicas de embarazo. Estas disposiciones se aplican de manera muy rigurosa, lo cual dificulta el disfrute efectivo de las mujeres de la protección a la maternidad. (p. 4)

**2. Desvinculación de la trabajadora gestante en el periodo de prueba**

Antes bien, establezcamos la definición de esta institución previa a la estabilidad de entrada en la relación laboral, y que es el periodo inicial en que el patrono somete a prueba al trabajador sobre los talentos16 siguientes:

i. **capacidad**: comprobación de la experiencia, pericia, técnica (saber haciendo) y destreza (*expertise*) que el trabajador ofreció al empleador al postular al puesto de trabajo, salvo que no se requiera experiencia, en cuyo caso será motivo de evaluación la facilidad o dificultad de la persona en el aprendizaje de las tarea asignadas, asimismo, el jefe del ingresante confirmará en la práctica el grado de conocimiento, nivel cultural o “habilidades duras” según el perfil requerido para la ocupación contratada. Todo lo cual, se expresará en la competencia, producción (cantidad), productividad (valor agregado), rendimiento e inventiva en función a las metas, cuotas, objetivos y resultados exigidos por el empleador, su capacidad de adecuación e innovación, en suma, la aptitud (idoneidad) laboral del trabajador; y

ii. **conducta** en el centro de trabajo, relacionado con las “habilidades blandas”, inteligencia emocional en 360° (superiores, inferiores, pares y usuarios externos: clientes, proveedores, etc.), compromiso ético o actitud (probidad) laboral, expresado también en la puntualidad, cuidado personal y relaciones interpersonales en el manejo del estrés laboral, trabajo en equipo, liderazgo y obediencia, entre otras manifestaciones de la moral o filosofía práctica del colaborador.

Luego de las evaluaciones, corresponderá al empleador decidir si el novato aprueba o no dicho periodo de prueba, si desaprobara, subsecuentemente, el empleador estará

16 Hemos seguido la clasificación que adoptó el artículo 22, segundo párrafo, de la LPCL: Artículo 22.-

[…] La causa justa puede estar relacionada con **la capacidad** o con **la conducta** del trabajador.

autorizado a efectuar un despido libre, para ello traemos a colación los conceptos recopilados por Aparicio (2013) y su propuesta de definición, a saber:

El periodo de prueba consiste, entonces, en la experimentación sobre el terreno, durante un tiempo limitado, de la relación individual de trabajo, con un régimen jurídico caracterizado por la suspensión o desconexión de las restricciones legales a la extinción unilateral del contrato por el empresario17.

En este sentido, la finalidad del periodo de prueba es la de advertir, *in situ*, la capacitación y aptitud profesional de los trabajadores y su adecuación para el puesto de trabajo y la organización productiva, librando al empleador de la carga que conlleva un proceso de despido18.

La experimentación de las capacidades y aptitudes del trabajador para el desempeño de la actividad laboral que va a realizar dentro de la empresa, es un elemento esencial de la configuración y validez del periodo de prueba, por cuanto constituye la razón de ser de su existencia. El empleador se encuentra obligado a comprobar las aptitudes del trabajador para el puesto de trabajo asignado19. Por ello, durante este periodo, no existe, en sentido estricto, un despido *ad nutum*, sino que el resultado negativo de la prueba del empleador sobre las capacidades del trabajador, actuaría como causa legal del despido durante este plazo.

Con el período de prueba no es que se admita un despido sin causa, la causa existe y es exigible para justificar el despido; solo que el legislador opera con una especie de presunción implícita, según la cual todo despido producido durante esta fase inicial del contrato obedece a una causa legítima, la constatación de la ineptitud del trabajador. (p.

30)

En nuestra legislación, tal examen de entrada, se regula en el artículo 10° de la LPCL, esto es, que *el período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario* (dicho tiempo es posible de ampliación a seis y doce meses para los trabajadores calificados o de confianza, y de dirección, respectivamente). *Contrario sensu*, podemos obtener la regla siguiente: *Si el trabajador no supera el periodo de prueba, no alcanza tal protección*, en consecuencia, podrá ser despedido por el empleador, sin necesidad de comunicarle las razones que sustentan su decisión –aun cuando para otros, el empleador si debe fundamentar-.

El criterio de no motivación, fue adoptado en el Tema 1 del Pleno Jurisdiccional Distrital Laboral 2020 de la Corte Superior de Justicia de Junín, que ante el planteamiento del problema siguiente: “¿Para extinguir la relación laboral durante el período de prueba, el empleador debería expresar razones del porqué el trabajador no superó tal período y que ante esa omisión tendría derecho a la reposición al empleo?”, el pleno aprobó por mayoría que: *“Para extinguir la relación laboral durante el período de prueba, el empleador no necesita expresar ninguna justificación, por lo que no procede la reposición en el empleo”20*

17 Nota 3 MARTÍN VALVERDE. A. *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*. Madrid, 1976; citado en IRANZO FERNÁNDEZ-VALLADARES M. “El periodo de prueba” En: S. Del Rey Guanter (director), *Estatuto de los trabajadores: comentarios y jurisprudencia*. La Ley, Madrid, 2007, p. 300.

18 Nota 4 M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO. “El periodo de prueba (en torno al artículo 14)” En: Revista

Española de Derecho al Trabajo N° 100, 2000, p. 466.

19 Nota 5 ROMERAL HERNÁNDEZ, J. Ob. Cit., p. 44.

20 Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f2b45b0041e6a71fadc9bd5aa55ef1d3/> Laboral.pdf

Ahora bien, teniendo el concepto claro, sobre esta evaluación de entrada sobre la base del principio del mérito, y que también le alcanza a la madre trabajadora, pasamos a analizar que, para el supremo intérprete de la Constitución, tal periodo de prueba no admite excepciones, es decir, desde una aplicación positivista de la regla que no se compadece de la mujer en tal grado de vulnerabilidad, y en la STC N° 02456-2012-PA (22.10.2012) el Tribunal fue del criterio que la trabajadora gestante no tendría protección especial durante el periodo de prueba, ya que ante el reclamo de despido nulo por motivo de su embarazo opinó lo siguiente:

3.3.4 Conforme a lo señalado en la liquidación de beneficios sociales, la recurrente prestó servicios como Representante (Promotora) Médico desde el 26 de abril hasta el 25 de octubre de 2010 (f. 53), periodo en el cual ambas partes suscribieron un contrato de trabajo por inicio de nueva actividad (f. 46). En el citado contrato, cláusula cuarta, se consignó convencionalmente que la actora se sujetaba a un periodo de prueba de seis meses, es decir, hasta el 25 de octubre de 2010.

3.3.5 Al respecto, este Colegiado debe hacer varias precisiones; primero, que el supuesto despido se produjo antes de vencer el periodo de prueba convencional; segundo, según obra en autos, la actora no ha cuestionado en la demanda ni en otra vía dicha ampliación del periodo de prueba, además que tampoco se ha presentado en el proceso documento alguno que permita acreditar que dicha ampliación sea fraudulenta.

3.3.6 **En consecuencia, habiéndose acreditado que la actora no superó el periodo de prueba convencional, no tenía protección contra el despido arbitrario**, razón por la cual la demanda debe ser desestimada, pues no se acredita la vulneración de los derechos constitucionales alegados. (Destacado nuestro)

De este modo, dicho tribunal omitió ponderar los principios en juego, y realizar un juicio valorativo sobre si, efectivamente, la trabajadora desaprobó el periodo de prueba, en razón a su ineptitud o, en realidad, la desvinculación laboral tuvo como motivo el embarazo. Asimismo, el supremo intérprete en tal caso, olvidó el mandato de optimización del principio protector reforzado a la madre trabajadora, consagrado en el artículo 23 de la Constitución, además, de evaluar si correspondía o no aplicar el artículo 8 del Convenio

183 de la OIT, que prohíbe al empleador despedir a la mujer embarazada o durante la licencia de maternidad, o después de haberse reintegrado al trabajo, pues, esta regla convencional rige también desde el inicio de la relación laboral pese a que la madre trabajadora se encuentre en periodo de prueba, ya que la regla convencional no hace distingos.

Ciertamente, la citada norma convencional admite excepciones, pues, pese a que la colaboradora se encuentre en estado de gravidez, y en verdad desapruebe el periodo de prueba, entonces, la desvinculación será por este motivo y no por la maternidad que atraviesa. Empero, para que esto suceda, es menester que exista **fundamentación objetiva** que justifique tal decisión. Lo que constituye, una excepción a la regla de aplicar tal “despido justificado” y sin obligación de motivar, a que tiene derecho el empleador.

Tal excepción, es razonable y proporcional a la súper protección constitucional de la madre que trabaja, por lo demás, atendiendo a que la prohibición aludida del artículo 8 del Convenio OIT 183, no hace distingos, como se ha dicho. Así también, esta situación de maternidad hace la diferencia a la generalidad del supuesto fáctico normativo del periodo de prueba, por lo que merece cierto tratamiento jurídico especial, ya que tiene sustento doctrinario como nos lo recuerda Aparicio (2013), veamos:

[…] Hay que distinguir entre la causa del despido y los motivos que lo generan. La causa

es siempre la inadecuación del trabajador para el puesto de trabajo, que se presume; los

motivos son aquellos aspectos de la prestación o de la persona del trabajador que llevan al empleador a concluir que la impericia del trabajador existe. Al presumirse la concurrencia de esta causa también se presume que el empleador ha tenido motivos reales y legítimos para llegar a esta conclusión. Esto explica porque los tribunales no entran a fiscalizar los motivos del despido; pero a la vez le da relevancia a estos cuando existen bases jurídicas para entender que el despido obedece a una causa diferente. Esto último, hace posible que esta institución jurídica, no pueda concebirse como absoluta e ilimitada. El periodo de prueba no autoriza situaciones abusivas, ni legitima la realización de acciones prohibidas o contrarias al ordenamiento jurídico como la vulneración de derechos fundamentales. Así, el trabajador que haya visto resuelta su relación laboral en el periodo de prueba y considere que tal acción extintiva se fundamenta en motivos discriminatorios o atentatorios de sus derechos fundamentales podrá solicitar la protección jurídica […]. (p. 30)

Del mismo criterio es Ojeda (2021), ya que el periodo de prueba no está exceptuado del control de constitucionalidad en cuando a la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, y en particular de la madre trabajadora, a saber:

Ahora bien, debe quedar claro que la exigencia de una causa justa o la debida motivación durante el periodo de prueba no resiste mayor discusión cuando se trata –como ya se dijo– de la afectación de otros derechos fundamentales diferentes al derecho al trabajo; es más, la configuración de un acto arbitrario –en ese supuesto– trae como consecuencia la protección del trabajador (v. gr. madre trabajadora) mediante la tutela restitutoria (reposición) o resarcitoria (indemnización), según corresponda.

[…]

Dicho de otro modo, el fundamento que viabiliza exigir la justificación de la no superación del periodo de prueba radica en la buena fe laboral, dado que el empleador solo debe dar cuenta de las razones por las que el trabajador no es idóneo para el puesto en que se le contrató, garantizando con ello que si el trabajador alega haber padecido un acto discriminatorio se cuenten con indicios razonables (desde el inicio) que permitan desvirtuar tal afirmación. (pp. 19 – 21)

Sobre este particular, en la Argentina desde el 2008, la jurisprudencia había resuelto el tema, veamos:

[L]a actora se encontraba en situación de gravidez y que la misma era de conocimiento de la accionada al momento de decidir la rescisión del vínculo laboral.- Ahora corresponde adentrarnos en el análisis de las razones que motivaron el despido de la actora, y en ello observamos que la accionada, sin perjuicio de haber invocado el art. 92 bis como fundamento de su decisión rupturista, omitió brindar las razones que conllevaron a la decisión tomada. En ese sentido, la demandada se privó de justificar la decisión adoptada en base al desempeño laboral de la actora, sobre el cual no ha brindado detalle alguno.- El periodo de prueba le brinda al empleador la posibilidad de evaluar la calidad y mérito de las tareas prestadas por el dependiente, permitiéndole resolver el vínculo laboral en forma unilateral y sin expresión de la causa que motivara el mismo.- Ahora bien, en el caso en análisis, conocido el estado de gravidez en que se encontraba la actora, la demandada debió poner de manifiesto las razones objetivas que motivaron su despido, en cumplimiento de su deber de buena fe contractual y procesal, lo que no veo plasmado en autos.- […]21

21 Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI de Buenos Aires, fallo del 24.10.2008, autos

J.M.A. c/ Diffupar SA. Recuperado de <http://www.relaciondetrabajo.com/campus/fallos/Fallo%20JMA>

%20contra%20Diffupar.pdf

Felizmente, el vacío normativo en cuestión, ha sido corregido recientemente por la Ley N° 31152 (1.04.2021), que modificó el artículo 29.e) de la LPCL, estableciendo que **la presunción de despido nulo** por motivo del embarazo, nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, durante el periodo de gestación o dentro de 90 (noventa) días posteriores al nacimiento, también **aplica a la trabajadora durante el periodo de prueba** regulado en su artículo 10, así como a la que presta servicios bajo el régimen de tiempo parcial de menos de 4 horas diarias, dispuesto en el artículo 4 de la LPCL22, desde luego, siempre que el empleador hubiere sido notificado por escrito del embarazo en forma previa al despido, lo que no enerva la facultad del empleador de despedir a la madre trabajadora por causa legal, respetando el debido procedimiento.

De esta modificación legislativa, se infiere la regla implícita de obligar al empleador a motivar con fundamentos objetivos y acreditados, su decisión de despedir a la madre trabajadora por desaprobar el periodo de prueba, si se judicializa; de lo contrario, el juez podrá discernir que el cese tuvo por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia del bebé, configurando el despido nulo tipificado en el artículo 29.e) de la LPCL.

Esta regla, en conclusión, implicará una excepción a la corriente jurisprudencial que se venía consolidando en el Perú, referido a que la extinción de la relación laboral de cualquier trabajador o trabajadora que no superó el periodo de prueba, no requ ería de motivación, como se infiere de la Casación Laboral N° 13165-2015 Moquegua (p.

30.10.2017), en cuya novena considerativa estableció que: *“los empleadores tienen la opción de invocar el periodo de prueba para dar por concluido el vínculo laboral sin las formalidades previstas por ley, toda vez que la protección contra el despido arbitrario alcanza al término del periodo de prueba”* y que tuvo recepción –como se ha citado- en el Pleno Jurisdiccional Distrital Laboral 2020 de la Corte de Junín .

Cabe advertir que, los autores discrepan de dicho acuerdo plenario, cuya posición contraria se fundamenta en la STC N° 05012-2009-PA/TC Aclaración, a saber:

[D]ebe considerarse la existencia de un estándar mínimo relacionado con la motivación suficiente como manifestación del derecho fundamental al debido proceso. La dignidad inherente a toda persona humana (art. 1 de la Const.) requiere, en el área laboral, que se le exponga el motivo por el cual la institución d ecide poner fin a la relación laboral, aun a pesar, como en este caso, la protección a la continuidad del trabajador haya sido de gradualidad tenue por mandato del artículo 10 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728.

En efecto, todo despido por la causal de desaprobación del periodo de prueba, debe el empleador comunicar al trabajador los motivos de tal decisión , a fin que éste sepa los deméritos que causaron su cese, precisamente, para que mejore su capacidad y conducta en futuros empleos, lo contrario es afectar su dignidad al perder el trabajo sin saber las razones. Por lo demás, la obligación del empleador de justificar tal decisión, se basa en evitar la “fuga” del Derecho del Trabajo por este intersticio de excepción de la estabilidad laboral de entrada, y controlar el ejercicio abusivo de esta facultad que le asiste al empleador, y que la Constitución no ampara según el párrafo final de su artículo 103.

Finalmente, todo aquel que detenta una posición dominante en una relación de poder, está obligado a expresar razones cuando afecta derechos fundamentales, como es el trabajo del subordinado. Esta posición en dicho pleno Distrital también fue defendida por el Juez Superior Omar Toledo Toribio, quien fue invitado a exponer el tema que aludía el deber de motivación del empleador en caso el trabajador desapruebe dicho periodo.

**3. Desvinculación de la madre trabajadora de confianza**

Respecto, a la extinción de la relación laboral de la trabajadora de confianza en estado de gestación, al nacer su hijo o durante el periodo de lactancia, existen dos criterios contradictorios, a saber:

i. No se puede reponer a la madre trabajadora en tal situación biológica, porque su continuidad laboral depende de la confianza que le brinda el empleador, sin admitir excepciones. Criterio que sustenta la Casación Laboral Nº 4396-2017

LIMA, al establecer que no corresponde ordenar la reposición de una trabajadora de confianza, contratada desde un inicio (no de promoción) porque el retiro de confianza es una causa justa para su desvinculación, y menos aún tienen derecho a la indemnización por despido arbitrario , según el Tema 4 del VII Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral. Es decir, en el caso de la desvinculación de una trabajadora gestante que ocupa cargo de confianza o de dirección, la presunción legal que le protegería ante un despido laboral por embarazo, nacimiento y lactancia, sería inaplicable por la sola alegación del empleador de la perdida de la confianza, como causa justa de desvinculación laboral.

ii. Por el contrario, el segundo criterio refiere que, sí procede la reposición laboral,

por cuanto las mujeres en estado de gestación y hasta tres meses después, en el periodo de lactancia, tienen una súper protección constitucional y convencional, y no pueden ser desvinculadas por la sola alegación de la pérdida de confianza. En razón a que, el bloque de constitucionalidad que brinda protección a la madre trabajadora no hacen distinción alguna, respecto a la prohibición de despido de una madre trabajadora, por lo que no hay razón para discriminar de tal protección a las trabajadoras de confianza o dirección, en cumplimiento del aludido artículo 8° del Convenio 183 de la OIT. Esta tesis tiene como antecedente jurisprudencial la Casación Laboral N° 15690-2015 LIMA NORTE23 (13.05.2016), ya que en este caso, la madre trabajadora cumplió con poner en conocimiento del empleador su estado de gravidez antes del cese, por lo que el supremo tribunal en sede de instancia declaró nulo el despido y ordenó la reposición, pese a que a su situación de personal de confianza.

Esperamos, que el Congreso de la República resuelva legislativamente esta disyu ntiva jurídica, mientras tanto la jurisprudencia: *la mente del Derecho*, sea la que siga optimizando el principio tuitivo laboral, al impartir justicia a favor de esta población vulnerable.

**4. Desvinculación de la trabajadora gestante con contratos temporales**

Mediante el artículo 6 de la Ley N° 30709 (27.12.2017) ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres 24, quedó vedado que el patrono despida o no renueve el contrato de trabajo sujeto a modalidad de la trabajadora gestante o durante el periodo de lactancia, por motivo de tal condición, a la luz del Convenio OIT 183 sobre protección de la maternidad. No obstante, podrá desvincularse a la trabajadora, aun en dicho estado, cuando la causa objetiva por la que se le contrató ha desaparecido, vale decir, la extinción de la fuente del empleo temporal (principio de causalidad).

Por ejemplo, es el caso de la trabajadora suplente que pierde el empleo a consecuencia del retorno del titular (suplido) a su puesto de trabajo, no obstante que aquella esté gestando o lactando a su bebé, En suma, la prohibición de despedir o no renovar el contrato temporal, opera cuando la causa real de desvincular a la trabajadora madre es el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, y el empleador no tiene cómo justificar la acción de personal de no renovar la contratación de la madre trabajadora, cuando la necesidad del servicio temporal continúa. Naturalmente, de producirse alguna otra causa legal de despido laboral, no será óbice tal condición biológica de la trabajadora, siempre que se cumpla el debido procedimiento.

Sobre el particular, nos permitimos sugerir una solución formal en aquellos casos en los que existe necesidad de cubrir la plaza de aqu ella trabajadora temporal, que se ausenta con licencia por maternidad, entre otras causas, pues, si bien el artículo 61° de la LPCL, permite que se celebre un contrato accidental de suplencia, con el objeto de cubrir el puesto de trabajo que deja vacante el titular, mientras dure su promoción o licencia, empero, no prevé el caso que la trabajadora suplente tenga que a su vez ser suplida, en cuyo caso será de aplicación su artículo 82°, por el cual es posible una contratación temporal atípica, para tal singular caso. Al respecto, la jurisprudencia en la región que informa la OIT, es disímil, veamos:

Este es el caso de Panamá25, en donde se ha considerado que el fuero de maternidad no es aplicable cuando se trata de contratos por tiempo definido o durante el período de prueba […] En el caso de los contratos temporales, si se demuestra que las actividades que se realizan son de carácter permanente, se podrá exigir el amparo de l fuero.26 La jurisprudencia costarricense sentencia que con respecto a la aplicación del fuero, no existe distinción sea cual sea la condición laboral o la duración del contrato. 27 (pp. 3-

4)

5. **Extinción del CAS de trabajadora gestante**

A fines de junio de 2008, se emitió el Decreto Legislativo N° 1057 que instauró el Régimen de la Contratación Administrativa de Servicios (RECAS), en su artículo 2° señaló que: "El régimen especial de contratación administrativa de servicios es aplicable a toda entidad pública sujeta al Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y a otras normas que regulan carreras administrativas especiales; asimismo, a las entidades públicas

24 Artículo 6. Queda prohibido que la entidad empleadora despida o no renueve el contrato de trabajo por motivos vinculados con la condición de que las trabajadoras se encuentren embarazadas o en período de lactancia en el marco de lo previsto en el Convenio OIT 183 sobre protección de la maternidad.

25 Nota 1.- Sala 3ra. de lo Contencioso Administrativo de Panamá. Sentencia del 26.09.2003.

26 Nota 3.- Sala Segunda de Costa Rica. Resolución 2009-00220.

27 Nota 4.- Tribunal del Trabajo, Sección III. Resolución N. 2009-00149.

sujetas al régimen laboral de la actividad privada, con excepción de las empresas del

Estado."

Luego, se precisó que el RECAS es un régimen especial laboral, y para el TC resultó válido y constitucional según STC N°00002-2010-PI; sin embargo, precarizó el empleo público, ya que relativizó la protección del derecho a la estabilidad laboral, gracias a la no renovación del contrato CAS, y en tanto niega la posibilidad de una reincorporación al centro laboral cuando el servidor es víctima de un despido inconstitucional e ilegal, autorizando únicamente el pago de una indemnización tasada; lo que no se condice con el ejercicio de la función pública, que implica además imparcialidad en su ejercicio, libre de presiones internas y externas, contribuyendo la estabilidad en el cargo a la *meritocracia* e independencia funcionarial.

La precarización laboral que trajo el RECAS, se acentuó en el caso de la trabajadora gestante o madre lactante, ya que por tal condición era despedida o no le renovaban su contrato, sin que existiera norma legal que lo prohíba. Razón por la cual, la STC N°

03639-2017-PA/TC, remediando tal arbitrariedad, ordenó reponer a una trabajadora CAS que había sido despedida durante su periodo de lactancia, por considerar que el empleador no logró explicar por qué dejó de contratarla, si tenía conocimiento que estaba ejerciendo su permiso por lactancia; más aún, si la necesidad de servicio de la labor de la actora, aún persistía.

Este criterio, fue reafirmado en la STC N° 04795-2017-PA/TC (6.11.2020), que ordenó a la SUNAT reponer a la trabajadora en el cargo de gestora de orientación en la División de Servicios al Contribuyente, por considerar que la demandada no logró demostrar que la no renovación del contrato CAS de la demandante, que estaba embarazada cuando sucedieron los hechos, haya obedecido a causa diferente de su estado de embarazo, en cuyo fundamento 28 concluyó que: “conforme al artículo 23 de la Constitución, con la finalidad de brindar especial protección a la madre en el ámbito laboral, se debe presumir que el despido sufrido por la demandante fue un despido nulo que tuvo como causa su estado de embarazo”

El guardián de la Constitución, en la STC N° 00557-2020-PA/TC (10.11.2020), recomendó a los jueces en el caso de cese de una trabajadora gestante o recientemente madre, por conclusión del contrato CAS (aplicable para el régimen laboral privado), se realice el control siguiente:

27. Por ello, con el fin de otorgar una especial tut ela a la madre gestante o la que ha sido recientemente madre, las autoridades jurisdiccionales deberán valorar los siguientes aspectos: i) el plazo durante el cual se activa la garantía de la prohibición de no renovación del contrato; ii) los supuestos en los cuales es posible que el empleador pueda separar a una mujer en estado de gestación; y, iii) las medidas que deben adoptarse en el supuesto que, pese a la prohibición reconocida en la norma, opere la separación de la trabajadora gestante.

Por último, en el Distrito Judicial de Junín, la Segunda Sala Laboral Permanente de Huancayo recientemente ha repuesto como contratada permanente en el Régimen Laboral Público, a una madre trabajadora según la sentencia (27.01.2021) recaída en el Exp. 02604-2018-0-1501-JR-LA-02, cuyo ponente fue el Juez Superior Timoteo Cristoval De la Cruz, siendo el fundamento destacado el siguiente:

n) Siendo esto así, corresponde declarar la invalidez del CAS para este caso específico, por la causal de despido nulo por motivo de embarazo. Y siendo que el régimen laboral al cual pertenece la actora, es de la actividad pública, Decreto Legislativo 276 […], le

corresponde ser considerada como **trabajadora contratada permanente** protegida por la

Ley 24041, tanto más que ha superado el año de servicios en forma ininterrumpida. Consecuentemente, la demandante fue despedida por su condición de madre gestante, por

lo que debe disponerse la reposición en su puesto de trabajo, por ende la **sentencia apelada**

**debe de ser revocada** y estimarse la demanda.

Ciertamente, estas y otras injusticias que trajo el RECAS, fundamentan su progresiva eliminación, conforme así lo ha dispuesto la Ley 31131 (9.03.2021) que estableció erradicar la discriminación en los regímenes laborales del sector público.

6. **Despido injusto de trabajadora por motivo del embarazo, nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, en el REMYPE**.

Como se sabe, el artículo 56 del Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial aprobado por el Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE (REMYPE), frente al despido injustificado del trabajador solo prevé una indemnización tasada, como se apreciará no contempla las situaciones de la madre trabajadora que estamos tratando. Es por ello que, la Primera Sala Laboral Permanente de Huancayo en la sentencia de vista (27.05.2021) recaída en el Exp. Nº

01338-2020-0-1501-JR-LA-02, en un caso en que el empleador despidió a su trabajadora embarazada, pese a que le comunicó de ello, la Sala ordenó su reposición y prohibiendo al patrono la desvinculación laboral de ésta, por el tiempo que dure el embarazo, el nacimiento y el año de lactancia a que tiene derecho, luego del cuál el REMYPE volverá a regir plenamente, pudiendo recurrir al despido injustificado y a la indemnización tasada, si así lo considere dicho empleador.

De manera que, el “fuero de maternidad” continúe por lo menos durante este periodo crucial para la procreación de un nuevo ser humano y su alimentación lactante, gracias al permiso de una hora diaria por el primer año de edad a que alude la Ley N° 28731,

y que el Colegiado consideró que le alcanza también a la demandante, pese a que no aparece en los derechos que prevé el REMYPE. Las considerativas centrales de dicha sentencia, cuyo ponente fue el coautor de este artículo, citamos a continuación:

31. En consecuencia, es deber de los jueces laborales, bajo responsabilidad, impartir

justicia con arreglo a la Constitución, los tratados internacionales y la ley, por tanto, al presente caso es de aplicación el artículo 8° del Convenio 183 de la OIT, por contener una norma más favorable a la actora, en tanto la prohibición de despido a una trabajadora en estado de gestación, no distingue el régimen general o especial del empleador, por ello que, luego de acreditarse un despido nulo, corresponde que el empleador reinstale a la trabajadora en su centro de labores, a pesar del registro en el REMYPE.

32. Finalmente, recomendamos a la empresa demandada que respete el horario de lactancia de la actora hasta que su bebé cumpla un año de edad a que alude el artículo

1.1 de la Ley N° 2873128, que modifica la Ley que otorga permiso por lactancia

materna, luego del cuál perderá esta situación excepcional y regirá plenamente el

REMYPE en sus relaciones laborales […].

28 Artículo 1.- Del objeto de la Ley 1.1 La madre trabajadora, al término del período postnatal, tiene derecho a una hora diaria de permiso por lactancia materna, hasta que su hijo tenga un año de edad. En caso de parto múltiple, el permiso por lactancia materna se incrementará una hora más al día. Este permiso podrá ser fraccionado en dos tiempos iguales y será otorgado dentro de su jornada laboral, en ningún caso será materia de descuento.

Opinamos, que dicha sentencia cumplió con someter a control de convencionalidad al

REMYPE, aplicando la recomendación de la OIT, a saber:

El ámbito de aplicación de estas normas se ha ido ampliando para dar cobertura a todas las mujeres empleadas, independientemente de su ocupación o del tipo de establecimiento, incluyendo a aquellas que desempeñan formas atípicas de trabajo dependiente (C 183, art. 2), como por ejemplo las trabajadoras domésticas, las trabajadoras a tiempo parcial, y las trabajadoras temporeras. Igualmente se han ampliado los beneficios a que tienen derecho l as mujeres durante el embarazo y después del parto. (p. 1)

Finalmente, esta decisión jurisdiccional de amparar a la madre trabajadora por un año después del nacimiento de su bebé, tiene como antecedente jurisprudencial en la región, lo anotado en la STC N° 00557-2020-PA/TC, a saber:

**Consideraciones a propósito de la contratación laboral temporal de las mujeres embarazadas**

21. La tutela reforzada que se brinda a las mujeres gestantes en el ámbito laboral tiene distintas manifestaciones, las cuales han sido objeto de desarrollo en el derecho comparado. En el caso colombiano, por ejemplo, la regulación de las distintas formas de contratación y la permanencia en el empleo de las mujeres gestantes tiene como pilar fundamental salvaguardar “la garantía de la permanencia en el empleo consagrada en el artículo 53 de la Constitución Política” [Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-222/17]. Esto genera que los distintos regímenes de contratación, independientemente de su naturaleza, se vean impedidos de adopta r medidas que supongan la separación injustificada de las mujeres embarazadas de sus centros de trabajo. En Bolivia, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha otorgado una especial protección incluso a las trabajadoras gestantes que fuesen de libre nombr amiento por parte de autoridades estatales [Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. SCP

1417/2012 FJ. III.2.], lo cual genera que, en el **lapso de un año**, no las puedan separar de la entidad en la que se encuentran laborando. Un caso especial se advierte en Chile,

país en el que, como ha resaltado su Tribunal Constitucional, las mujeres gestantes

gozan, **por un año**, de lo que se conoce como el “fuero laboral”, esto implica que,

durante ese lapso, solo podrán ser separadas de su puesto de trabajo luego de que la decisión del empleador sea avalada por el juez. Este fuero se extiende, incluso, **hasta un año** después de expirado el descanso de maternidad [Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia de 24 de diciembre de 2015, considerando cuarto]. 29

**IV. CONCLUSIONES**

1. La protección especial del cual goza la madre trabajadora, desde los Convenios de la OIT y la Constitución, se ha materializado en un conjunto de garantías,

derechos y beneficios en la armonización del ejercicio de su maternidad en el trabajo, cuyas reglas han sido optimizadas por la jurisprudencia, aun cuando advertimos desprotección normativa de las mujeres en situación especial de confianza y dirección, y en el REMYPE que esperamos su pronta corrección legislativa.

2. Sobre el derecho a la continuidad en el empleo de la madre trabajadora, queda claro que, para la configuración del despido nulo que tenga como motivo la gravidez, nacimiento o enfermedades derivadas y lactancia de su hijo, es presupuesto previo haber comunicado por escrito al empleador de su estado de

29 Lo destacado es nuestro.

gestación; sin embargo, dicho requisito no será exigible si de la simple apreciación visual de la trabajadora, resulta notoria su condición de gestante, según interpretación jurisprudencial.

3. La regla en cualquier despido, terminación o no renovación de contrato de la madre trabajadora, implica presumir la existencia de un despido nulo e inválido siempre que tenga como motivo su embarazo, nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, sin importar su régimen, modalidad de contratación, periodo de prueba, situación especial o condición laboral, por ende, la víctima con derecho a tutela jurisdiccional restitutoria (reposición) o resarcitoria (indemnización). Y, la excepción es que tales situaciones biológicas por la que esté atravesando la madre trabajadora, no supone que el empleador no pueda terminar la relación laboral de aquella, siempre que medie causa justa y legal comprobada mediante un debido procedimiento, asimismo, cuando se extinga la fuente del empleo temporal y desaparezca la causa objetiva que lo permite .

4. Finalmente, es obligación constitucional de la comunidad, empleadores y Estado, proteger especialmente a la madre que trabaja, por lo que es imperativo e ineludible contribuir a que el orden jurídico cumpla con eficiencia y eficacia tan loable fin de conciliar maternidad y trabajo, garantizando desde el día de la concepción hasta el primer año de vida, las condiciones laborales mínimas de la madre trabajadora en la gestación de los futuros trabajadores del Perú.

**V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

Aparicio Aldana, R. (2013). *El periodo de prueba, la carga de la prueba y la tutela Jurídica de los trabajadores. Análisis de la STC Exp. N° 02456-2012-PA/TC*. Revista Dialogo con la Jurisprudencia N° 175, Abril 2013 Año 18. Lima: Gaceta Jurídica.

Aparicio Aldana, R. (2019). *Convenio sobre la protección de la maternidad 1919 (núm.*

*3)*. Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, Volumen 7, Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO. Italia: Adapt. Recuperado de < [http://ejcls.adapt.it/index.php/rld](http://ejcls.adapt.it/index.php/)e\_adapt/article/view/736/950>

Arce Ortiz, E. (2015). *La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales*. 3a.

Edición. Lima: Ubilex Asesores.

OIT (s/f). *No discriminación laboral de las mujeres y protección de la maternidad.*

Recuperado de https:/[/www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-) lima/---sro-san\_jose/documents/publication/wcms\_220030.pdf

Ojeda Quiroz, C. (2021) ¿*Se debe justificar el cese por la no superación del periodo de prueba? Análisis de un tema en apariencia incontrovertido.* Revista Soluciones Laborales Nº 162, JUNIO 2021. Lima: Gaceta Jurídica.

SERVIR (2019). *La mujer en el servicio civil peruano 2019.* Lima: Gerencia de Políticas de Gestión del Servicio Civil, Autoridad Nacional del Servicio Civil. Recuperado de [https://storage.servir.gob.pe/s](https://storage.servir.gob.pe/)erviciocivil/Informe\_La\_Mujer\_en\_el\_ Servicio

\_Civil\_Peruano\_2019.pdf