



**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**  
**Escuela Profesional de Derecho**

**TESIS**

**“EI DESPIDO DE LA MUJER EMBARAZADA RESPECTO AL  
DERECHO FUNDAMENTAL DEL TRABAJO EN LIMA  
METROPOLITANA 2017”**

**PRESENTADO POR:**

**Bach. QUISPE COLCHADO, DAIANA PAOLA**

**ASESORES**

**METODOLOGO: DR. EDWIN, BARRIOS VALER  
TEMATICO: MG. WALTER PERALTA CABRERA**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA**

**LIMA, PERÚ**

**2019**

## **DEDICATORIA**

A mis padres Marco Augusto y Rocío Aracelly por su apoyo incondicional; a mis hermanos, por sus palabras de aliento; y a mis abuelas Margarita y Regina, que son motivo de mi esfuerzo y dedicación para alcanzar los objetivos trazados en la vida.

La autora

## **AGRADECIMIENTO**

A los docentes de la Universidad Alas peruanas que hicieron posible que esta investigación pueda desarrollarse exitosamente, aportando sus conocimientos concernientes con el tema.

La autora.

## **RECONOCIMIENTO**

A mi casa de estudios La universidad Alas Peruanas por brindarme los conocimientos y bases para mi desarrollo profesional.

A mi asesor metodológico y asesor temático por darme los instrumentos necesarios para realizar la presente tesis

La autora

## ÍNDICE

Caratula	i
Dedicatoria	ii
Agradecimiento	iii
Reconocimiento	iv
Índice	v
Resumen	viii
abstract	ix
Introducción	x
<b>CAPITULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA</b>	<b>13</b>
1.1. Descripción de la realidad problemática	13
1.2. Delimitación de la investigación	15
1.2.1. Delimitación espacial	15
1.2.2. Delimitación social	16
1.2.3. Delimitación temporal	16
1.2.4. Delimitación conceptual	16
1.3. Formulación del problema	17
1.3.1. Problema general	17
1.3.2. Problemas específicos	17
1.4. Objetivos de la investigación	17
1.4.1. Objetivo general	17
1.4.2. Objetivos específicos	17
1.5. Supuesto y categorías de la investigación	18
1.5.1. Supuesto	18
1.5.2. Categoría.	18
1.5.2.1. Subcategorías.	18
1.6 Metodología de la investigación	23
1.6.1. Tipo y nivel de la investigación	23
a) Tipo de investigación	23

b) Nivel de Investigación	23
1.6.2. Método y diseño de la investigación	24
a) Método de la investigación	24
b) Diseño de la investigación	
1.6.3. Población y muestra de la investigación	25
a) Población	25
b) Muestra	26
1.6.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	27
a) Técnica	27
b) Instrumento	27
1.6.5 Justificación, importancia y limitación	28
a) Justificación	28
b) Importancia	31
c) Limitaciones	32
<b>CAPITULO II: MARCO TEORICO</b>	<b>33</b>
2.1. Antecedentes del estudio de investigación	33
2.1.1. Antecedentes internacionales	33
2.1.2. Antecedentes nacionales	40
2.2. Bases Legales	49
2.2.1. Bases internacionales	49
2.2.2. Bases nacionales	53
2.3. Bases teóricas	58
2.3.1. El trabajo	58
2.3.1.1. El derecho al trabajo de la mujer en estado de gravidez	58
2.3.2 Principios del derecho al trabajo con relación al despido lesivo	62
2.3.2.1. Principio de irrenunciabilidad	63
2.3.2.2. Principio in dubio pro operario	64

2.3.2.3. Principio de Igualdad de trato y no discriminación	65
2.3.2.4. Principio de continuidad	66
2.3.3. El despido	67
2.3.3.1. La protección del despido en la trabajadora en estado de gravidez en los tratados y convenios internacionales.	68
2.3.3.2 La protección del despido por causal de embarazo en la normativa peruana	73
2.3.3.3 Eficiencia reparadora del despido	76
2.3.4. Daño moral	77
2.3.4.1. Disposiciones del poder judicial respecto a la Indemnización por daño moral en casos de despidos sin causa y fraudulentos	78
2.4. Definición de términos básicos	80

### **CAPITULO III: PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS**

3.1 Análisis de tablas y resultados	84
3.2 Discusión de resultaos	88
3.3 Conclusiones	93
3.4. Recomendaciones	95
3.5. Fuentes de información	96

<b>ANEXOS</b>	100
Anexo: 1 Matriz de consistencia	101
Anexo: 2 Instrumento	102
Anexo: 3 juicio de expertos	
Anexo: 4 Anteproyecto de ley.	103

## RESUMEN

La presente investigación titulada: “El despido de la mujer embarazada respeto al derecho fundamental del trabajo en Lima Metropolitana 2017”, dicho estudio tiene como objetivo determinar en qué grado afecta la maternidad en el derecho al trabajo, realizando la investigación con ayuda de 5 abogados especialistas en la materia laboral, civil y constitucional de la Universidad Alas Peruanas.

El método de la investigación se determinó de la siguiente manera: el tipo es básico, porque mantiene como propósito recoger información de la realidad y enriquecer el conocimiento, identifico. El diseño es la teoría fundamentada. El tipo de nivel es descriptivo, porque pretende medir o corregir información es el medio ideal para recoger información. El método es inductivo, porque se obtiene conclusiones generales a partir de premisas particulares. El enfoque es cualitativo, porque tiene como objeto la descripción de las cualidades de un fenómeno. La técnica aplicada en la presente investigación fue la entrevista, teniendo como instrumento el guía de entrevista

En conclusión, se obtuvo como resultado de la investigación que el despido en mujeres gestantes está amparado en normativa nacional e internacional brindando así una protección reforzada, pero dicha protección no se ve plasmada en la práctica contractual, afectando a un porcentaje elevado de la población económicamente activa, debido a que en nuestro país la normativa laboral no se encuentra unificada, existiendo así vacíos legales que generan la vulneración de derechos laborales.

Se diagnosticó que la solución de la investigación es ampliar la estabilidad laboral reforzada a las trabajadoras gestantes, eximiendo el requisito de aviso documentado sobre su estado de gravidez al empleador como requisito de procedibilidad, además de unificar criterios respecto a la indemnización por daño moral en el despido nulo.

Palabras claves: Derecho al trabajo, derecho a la maternidad, reposición al trabajo, despido nulo, pago de indemnización, daño moral.



## **ABSTRAC**

The present investigation entitled: "The dismissal of pregnant women respecting the fundamental right to work in Metropolitan Lima 2017", said study seeks to determine the extent to which maternity affects the right to work in the population of women in Metropolitan Lima, carrying out the investigation with the help of 5 lawyers specialized in the labor, civil and constitutional matters of Alas Peruanas University..

The research method was determined in the following way: the type is basic, because it maintains the purpose of collecting information from reality and enriching the knowledge, identifying it. The design is the grounded theory. The type of level is descriptive, because it aims to measure or correct information is the ideal way to collect information. The method is inductive, because general conclusions are obtained from particular premises. The approach is qualitative, because its purpose is the description of the qualities of a phenomenon. The one applied in the present investigation was the interview, having as an instrument the questionnaire.

In conclusion, it was obtained as a result of the investigation that the dismissal of pregnant women is covered by national and international regulations, thus providing enhanced protection, but this protection is not reflected in contractual practice, affecting a high percentage of the population economically active, because in our country the labor regulations are not unified, thus there are legal gaps that generate the violation of labor rights.

It was diagnosed that the solution of the investigation is to extend the reinforced labor stability to the pregnant workers, exempting the requirement of documented notification about their pregnancy status from the employer as a requirement of procedivity, in addition to unifying criteria regarding compensation for moral damage in the null dismissal

Keywords: Right to work, right to maternity, reinstatement to work, null dismissal, payment of compensation, moral damage.

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación titulada: “El despido de la mujer embarazada respecto al derecho fundamental del trabajo en Lima Metropolitana 2017”, se enfoca en el despido nulo que es una modalidad que tiene como designio proteger el contenido esencial de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, desde una perspectiva constitucional. El propósito del tema de investigación es buscar ampliar la protección laboral frente a la existencia de una lesión en los derechos fundamentales, tal como lo es el derecho al trabajo.

Su importancia radica en la Constitución Política del Perú que garantiza la protección de la persona en todos los ámbitos en especial la vida, el libre desarrollo, el trabajo, el trato igualitario, la paz, con el propósito de lograr el desarrollo integral de la persona desde un aspecto personalista y del bien común desde una perspectiva colectiva, y en tal afán debe organizarse para proteger a la persona y la familia como célula social.

El presente trabajo tiene un campo de estudio delimitado; está referido a la problemática del despido. La investigación plantea otras interrogantes: ¿Qué prueba se debe presentar para que se declare nulo el despido de la trabajadora gestante? ¿Cuáles son los medios para procurar la defensa de la mujer gestante en nuestro ordenamiento jurídico?, ¿Cuáles son los daños que ocasiona el despido sin causa justa en la trabajadora gestante?

La presente investigación se justifica en la parte teórica:

*En la parte teórica se justifica el contenido conceptual y provee una visión crítica de las tendencias actuales en El Despido de la Mujer embarazada respecto al derecho fundamental del trabajo en Lima Metropolitana, aportando conocimientos y antecedentes que sean fuente de futuras investigaciones en el ámbito laboral. La investigación propone modificar para unificar los criterios legales respecto al T.U.O 728, que tengan carácter vinculante para proteger una estabilidad laboral reforzada como lo señala el espíritu de nuestra carta magna*

*de 1993. Proteger a la madre vulnerada en sus derechos fundamentales para que así se realice la añorada armonía entre el empleador y la colaboradora dentro del centro laboral.*

La cualidad del trabajo de investigación es “salvaguarda los derechos de la trabajadora en estado de embarazo que sufre de despido nulo, la cual trae consigo abuso del empleador por su condición, por lo cual se busca es que se dé una adecuada aplicación de las normas existentes en la protección de las mujeres en estado de embarazo”.

Así mismo, es de precisar que el presente trabajo de investigación se encuentra estructurado en tres capítulos, los cuales se detallan según el siguiente orden:

En el capítulo I: Planteamiento del problema, se describe la realidad del problema para formular la pregunta de investigación, se delimita la investigación Social, Espacial, Temporal y Conceptual, se presenta el problema y objetivo de la investigación general y específicos, se desarrolla el supuesto con la categoría y subcategorías, así como se detalla la metodología empleada, describiendo el tipo, nivel, método y diseño de investigación, así mismo, se selecciona la población y muestra, puntualizando las técnicas de recolección de datos, el instrumento y finalmente se puntualizan las importancia, justificación y limitaciones de la investigación.

En el capítulo II: Marco Teórico, se recogen de manera resumida los antecedentes, resultados de los estudios sobre el tema en el extranjero y en nuestro país, como también las bases Legales, bases teóricas con la definición de los términos básicos que se emplean en el desarrollo de la investigación.

En el capítulo III: Se mostrará la Presentación, Análisis e Interpretación de Resultados, de la cual obtendremos la discusión de resultados. Así mismo se precisarán las conclusiones, recomendaciones realizadas por la Autora.

Finalmente se presentan las fuentes de información y los anexos correspondientes a la matriz de consistencia, el instrumento que se guía de la entrevista, la validación de expertos y se culmina con el Anteproyecto de Ley.

La Autora.

## **CAPÍTULO I**

### **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

#### **1.1.- Descripción de la Realidad Problemática**

Discriminación de género es un término que encierra una problemática cultural y social que en pleno siglo XXI se puede apreciar en diferentes ámbitos como lo es en el trabajo dificultando así la inserción o continuidad laboral en este caso específico en la mujer y su derecho a la maternidad.

El presente documento describe la problemática titulada “El despido de la mujer embarazada respecto al derecho fundamental del trabajo en Lima Metropolitana 2017” en nuestra realidad nacional se esboza y evalúa las posiciones fundamentales de nuestra legislación y los tratados dispuestos por la OIT los cuales brindan una protección de la maternidad que se ofrece a las mujeres cuando su vida laboral coincide con su edad de procrear, se observa por el contrario que la aplicación de la legislación es precaria y en muchos casos no se respetan dejando así al margen a un amplio número de trabajadoras por su condición.

“Hoy en día el embarazo todavía puede conducir a perder el empleo y exigir los derechos de licencias de maternidad puede ocasionar una interrupción de la actividad laboral, llegando a la interrupción del contrato.”

La mayoría de las constituciones latinoamericanas consagran al trabajo como un deber y derecho que contribuye la base del orden social y económico para todos sus habitantes.

En nuestra constitución podemos observar en el artículo 23 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”, pero ¿Realmente son cumplidos en la práctica?

Por ello en el presente trabajo se explica la extensión y limitaciones de la protección que brinda las medidas legislativas con las que contamos.

En nuestra realidad, tenemos que es común que una trabajadora víctima de despido en el caso en concreto por discriminación, es decir un despido nulo, sea posteriormente repuesta a su empleo mediante una acción de amparo, con lo cual según ley, esta situación ya da por subsanado la lesión que ocurre al momento del despido ilícito, con ello la normativa restringe la posibilidad de exigir una indemnización, habiendo varios tipos de ellos, un ejemplo claro es la indemnización por daño moral, lo cual es tema de controversia, debido a que varias trabajadoras alegan que si hay una afectación a sus sentimientos ante una situación de desempleo injustificado, viendo una vulnerabilidad económica y emocional.

“Estas pretensiones, si bien se originan el marco del derecho laboral, se rigen bajo las normas del código civil, en función del análisis de los elementos de responsabilidad civil” (comportamiento dañoso, nexo causal, consecuencia dañosa, factores de atribución).

Según el abogado laboralista Jorge Toyama, “afirma que la norma debe interpretarse de manera extensiva, es decir, que la protección contra el despido debe ser siempre en beneficio de la madre trabajadora. Se puede deducir q las normas constitucionales e internacional protegen a la mujer

en estado de gestación, pero su aplicación es pobre y vulnerable con facilidad lo que ocasiona una repercusión en el desarrollo económico del país y el derecho de trabajo”

Por ello es nuestra verdad decir que aun con los avances legislativos y los convenios firmados con la OIT sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aun se conocen casos de discriminación y despidos por causa de embarazo lo que lleva al legislador hacer reformas laborales que contemplen derechos a las mujeres embarazadas, necesitándose como base la unificación de normativa laboral en un código de trabajo, dando un mayor avance para la adecuada protección laboral.

## **1. 2 Delimitación de la investigación**

### **1.2.1 Delimitación espacial**

“La delimitación de la investigación habrá de efectuarse en cuanto al espacio, para situar el problema en un contexto definido y homogéneo. De manera tal delimitar una investigación significa, especificar en términos concretos las áreas de interés en la búsqueda, establecer su alcance y decidir las fronteras del espacio.” (Bernal, 2016)

Por lo tanto, el presente proyecto de investigación tiene como límite espacial el departamento de Lima, provincia de Lima, Distrito Provincial Lima Metropolitana,

### **1.2.2 Delimitación social.**

La presente investigación está dirigida a la protección de los derechos de las madres gestantes que laboran en empresas en Lima metropolitana. Realizando la investigación con ayuda de especialistas en lo Laboral, Civil y Constitucional.

Por ello se realizó una entrevista con preguntas abiertas a especialistas de la facultad de derecho y ciencias políticas de la Universidad Alas Peruanas.

Siendo los beneficiarios de la investigación todas las personas de la sociedad peruana que se encuentren ante tal situación y son víctimas de este fenómeno social.

### **1.2.3 Delimitación temporal.**

La delimitación del tiempo hace referencia al periodo o lapso en el cual se trata el estudio, es una característica de orden particular que será tomada en consideración sobre la cual actúa para obtener información necesaria para nuestro estudio. (Bernal, 2016)

La presente Investigación se inició en el mes de mayo 2017, con la construcción del planteamiento del problema y termina en el mes de octubre del 2018 con las conclusiones y sugerencias.

### **1.2.4 Delimitación conceptual.**

“La presente investigación desarrolla las consecuencia que tiene el Despido de la Mujer Embarazada Respecto al Derecho Fundamental del Trabajo, teniendo como fuente principal la constitución política del Perú, en el presente trabajo se dará a conocer conceptos importantes tales como: despido en la mujer embarazada, derecho fundamental del trabajo discriminación contra la mujer, dignidad laboral, normativa laboral, estado de gestación y fuentes de información nacionales e Internacionales, bibliográfica, hemerográficas y electrónicas.”

## **1.3.- FORMULACION DEL PROBLEMA DE INVESTIGACION**

### **1.3.1 Problema General**

PG: ¿Cómo el despido de la mujer embarazada vulnera el derecho fundamental del trabajo?

### **1.3.2 Problema Específicos**

PE<sub>1</sub>: ¿Qué prueba se debe presentar para que se declare nulo el despido de la trabajadora gestante?



PE<sub>2</sub>: ¿Cuáles son los medios para procurar la defensa de la mujer gestante en nuestro ordenamiento jurídico?

PE<sub>3</sub>: ¿Cuáles son los daños que ocasiona el despido sin causa justa a la trabajadora gestante?

## **1.4 Objetivos**

### **1.4.1 Objetivo General**

OG: Determinar como el despido de la mujer embarazada vulnera el derecho fundamental del trabajo.

### **1.4.2 Objetivos Específicos**

OE<sub>1</sub>: Describir qué prueba se debe presentar para que se declare nulo el despido de la trabajadora gestante

OE<sub>2</sub>: Identificar cuáles son los medios para procurar la defensa de la mujer gestante en nuestro ordenamiento jurídico

OE<sub>3</sub>: Explicar cuáles son los daños que ocasiona el despido sin causa justa a la trabajadora gestante.

## **1.5 Supuestos y Categorías**

### **1.5.1. Supuesto**

El empleador promotor el despido en la mujer embarazada si vulnera el derecho fundamental del trabajo.

### **1.5.2. Categoría**

**a. El Despido de la mujer embarazada frente al derecho fundamental del trabajo.**

*El despido por embarazo es un acto de discriminación inaceptable, en que es urgente vincular vigilancia, denuncia e información a la sociedad para crear una cultura del respeto a lo que dice la ley. Donde el embarazo es, una parte fundamental y generosa en la naturaleza de las mujeres, no una enfermedad incapacitante para un sector que en el ámbito laboral. Por eso es inadmisibile que en la vida práctica la etapa de gestación se convierta en sinónimo de vulnerabilidad para muchas mujeres, quienes estarán irremediabilmente destinadas al despido laboral. (Garza, 2015)*

#### **1.5.2.1. Subcategorías.**

##### **a) subcategoría 1: Despido nulo y su requisito de procedibilidad en la trabajadora gestante**

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

“La norma ha establecido un nivel reforzado de protección contra el despido nulo, cuando el motivo es el embarazo, pues en los otros motivos no opera una presunción legal, lo que hace recaer en el trabajador demandante la carga de la prueba” (Blancas, 2006)

El derecho a la estabilidad laboral consiste en la garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener

los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. Una estabilidad reforzada implica que el ordenamiento debe lograr una garantía real y efectiva al derecho constitucional que tiene una mujer embarazada a no ser despedida, en ningún caso, por razón de la maternidad. La protección tiene entonces que ser eficaz, por lo cual su regulación y aplicación está sometida a un control constitucional más estricto pues, la Constitución ordena un amparo especial a la estabilidad laboral de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, por lo cual no es suficiente que el ordenamiento legal asegure unos ingresos monetarios a esas trabajadoras, sino que es necesario protegerles eficazmente su derecho efectivo a trabajar (Medina, 2013)

El requisito de procedibilidad del aviso del estado de gravidez al empleador lo contempla el artículo 29 de TUO del Decreto Legislativo 728 el cual menciona que para su configuración debe emitir las siguientes causales:

- a) La existencia del estado de gestación de la trabajadora.
- b) Comunicación al empleador sobre el estado de gestación.
- c) Notificación previa al momento del despido.
- d) Notificación formal (por escrito).

Ante ellos nos dice (Arce, 2012) que, para argumentar la nulidad de despido por esta causa, no basta que la trabajadora se encuentre en estado de gestación, se le exige que además se comunique de forma previa y escrita al empleador. Sin embargo, dicha obligación es absurda y se enerva en los casos que la gestación sea evidente a simple vista de cualquier persona

Respecto a ello el tribunal constitucional se ha pronunciado, afirmando que no es necesaria la notificación del estado de

gestación, debido a que hay situaciones en la cual no se necesita dicha notificación, y ello se da cuando el estado de gravidez es avanzado a simple vista se logra apreciar el embarazo. En esas líneas la corte suprema en su casación laboral 275- 2005 Arequipa, se pronuncia señalando que no es necesario la notificación el estado de embarazo el empleador, cuando la gestación es evidente y es irracional el requisito de dicha formalidad; más aún porque el derecho esencial se sostiene en la protección de la madre gestante, y no en el tema documenta.

**b) subcategoría 2: Defensa de la mujer gestante:**

(Ugarte, 2010), nos menciona en sus informes laborales, sobre el despido de la madre trabajadora nos señala las siguientes vías:

Vía Ordinaria Laboral: El plazo para interponer demanda es de 30 días hábiles, mediante una demanda laboral, al juez laboral, esta acción hace que se excluya la acción indemnizatoria en esta vía, dando a escoger entre la nulidad del despido o su indemnización solo una pretensión será viable.

El juez podrá dictar medida cautelar de reposición provisional, según el artículo 55 de la Nueva ley Procesal del trabajo 29497.

Vía Constitucional: Se realiza la acción mediante una demanda de amparo, ante el juez especializado en lo civil o juez Mixto.

Teniendo como precedente vinculante obligatorio, la “sentencia Baylon”

Vía Civil: Mediante una demanda de indemnización por daño moral.

### **c) subcategoría 3: indemnización por daño moral:**

Nuestro ordenamiento jurídico laboral establece que los trabajadores víctimas de un despido arbitrario tienen derecho. Al pago de una indemnización con reparación por los daños ocasionados al haber sido colocado en una situación de desempleo.

Los artículos 34 y 38 del DCRTO Supremo N°003-97-TR, TUO del Decreto legislativo N°728, Ley de Productividad y Competencia Laboral (en adelante LPCL), establece que frente a un despido arbitrario le corresponde al trabajador el pago de una indemnización “como única reparación” por los perjuicios ocasionados.

Al respecto, (Toyama J. y., 2013) señala que esta forma se clara al señalar que dicha indemnización cubre todos los perjuicios derivados de la pérdida del trabajo.

De igual manera nuestra jurisprudencia ratifica la cobertura integral de la indemnización por despido arbitrario, tal como se observa en la casación N° 399-99 donde se establece lo siguiente: “Todo despido injustificado trae consigo un daño a la persona que lo padece, por cuanto de un momento a otro, en forma intempestiva, el trabajador deja de percibir su remuneración, razón por la que nuestra legislación laboral ha establecido una tarifa indemnizatoria equivalente sueldo y medio por un año de servicios, con un tope máximo de remuneraciones. Este sistema tarifario es interpretado por la doctrina tradicional, como aquella que cubra la totalidad de los daños patrimoniales y extramatrimoniales que se consiga directamente o indirectamente por la resolución del contrato”.

Sin embargo, otro sector de la doctrina opina que la indemnización por despido arbitrario solo involucra el aspecto laboral, más no el civil. Esta posición es apoyada y ratificada por,

la Sala transitoria d la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 5008-2010- LIMA, la cual actualmente prevalece en nuestra jurisprudencia, y en virtud del cual los jueces laborales admiten a trámite las demandas de los trabajadores que contienen pretensiones de indemnizaciones relacionadas al daño moral regulados por el código civil

Al respecto, considero que, si bien la indemnización por despido arbitrario puede ser insuficiente en algunas circunstancias para reparar más consecuencias d un despido ilícito, una indemnización extra tarifada solo puede justificarse en casos los cuales se acrediten que el despido, no solo atado el derecho. Como lo es en las trabajadoras gestantes, las cuales al ser víctimas de una ruptura maliciosa o sin causa justa de su contrato de trabajo, no solo implica una afectación a su derecho a no ser despedido de manera arbitraria, sino que además lesiona derechos relacionados, por ejemplo, con su integridad, salud mental, física y psicológica, dignidad, reputación y demás bienes extra patrimoniales.

En este sentido Felipe Osterling y Castillo Freyre define que el daño moral debe ser lo más amplio posible, incluyendo todo daño o perjuicio personal en sí misma, físicas o psicológica, así como todo atentado contra sus intereses extramatrimoniales, es decir “todo menoscabo de un bien no patrimonial o aun interés moral por quien se encontraba obligado a respetarlo, ya sea en virtud de un contrato o de una fuente” (Dominguez Hidalgo Carmen, 2010)

## **1.6. Metodología de la investigación**

### **1.6.1. Tipo y nivel de la investigación**

#### **a) Tipo de Investigación**

La presente investigación de es de tipo básica.

“Es la que se realiza con la finalidad de producir nuevos conocimientos para ampliar y profundizar las teorías sociales, no está dirigida al tratamiento inmediato de un hecho concreto, ni a resolver una interrogante fáctica, sino que únicamente es una investigación para profundizar la información sobre las relaciones sociales que se producen en el seno de la sociedad.” (Cegarra, 2013)

Por ello este tipo de investigación propone crear nuevos conocimientos de las teorías existentes, esto a través de ampliaciones o modificaciones.

#### **b) Nivel de investigación**

La presente investigación es de nivel descriptivo.

“Buscan especificar las propiedades, las características y los perfiles de personas, grupos, comunidades, procesos, objetos o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis. Es decir, únicamente pretenden medir o recoger información de manera independiente o conjunta sobre los conceptos o las variables a las que se refieren, esto es, su objetivo no es indicar cómo se relacionan éstas.” (Hernandez R., 2010:80)

#### **Enfoque de la investigación**

“La Investigación Cualitativa se considera como un proceso activo, sistemático y riguroso de indagación dirigida, en el cual se toman decisiones sobre lo investigable, en tanto se está en el campo objeto de estudio. Para (Tamayo, 2015:47), el investigador entra en el campo con una orientación teórica consciente que refleja un conocimiento sustantivo de la teoría de las ciencias sociales y de la teoría personal. Como producto de

una interacción entre ambos sugiere las preguntas que orientaran la investigación”.

Por medio de los estudios descriptivos se determina las características, propiedades u cualquier otro suceso que sea materia de estudio; es el medio que sirve para recoger la información sea en forma independiente o conjunta sobre conceptos, sin necesidad de relacionarlos entre estos.

### **1.6.2. Método y diseño e la investigación**

#### **a) Método de la Investigación**

“El método inductivo, analítico con este método se utiliza el razonamiento para obtener conclusiones que parten de hechos particulares aceptados como válidos, para llegar conclusiones, cuya aplicación sea de carácter general. El método se inicia con el estudio individual de los hechos y se formulan conclusiones universales que se postulan como leyes, principios o fundamentos de una teoría.” (Bernal, 2016)

Implica que el estudio parte de los hechos individuales o particulares, con la finalidad de obtener una conclusión en forma general y sea de aplicación bajo este modo.

#### **b) Diseño de investigación**

“El diseño de la investigación será no experimental, ya que no se manipuló las variables de estudio. Es no experimental “la investigación que se realiza sin manipular deliberadamente variables. Es decir, se trata de estudios donde no hacemos variar en forma intencional las variables independientes para ver su efecto sobre otras variables”. (Hernandez, Fernandez, Baptista, & Lucio., 2014)

#### **Teoría fundamentada**

“... El investigador produce una explicación general o teoría respecto a un fenómeno, proceso, acción o interacciones que se aplican a un contexto



concreto y desde la perspectiva de diversas participantes...” (Santin, 2013: 258)

Los hechos observados de la investigación, para ser analizados; debe ser seleccionado en forma específica sobre un grupo, participantes, etc.

Es por esta razón que una investigación no debe tener ninguna alteración de los hechos observados en su forma, que después deban ser analizados; debe ser seleccionado en forma específica sobre un grupo, participantes, etc., y no existe la posibilidad que sea aleatoriamente.

### 1.6.3. Población y muestra de la investigación

#### a) Población

“Totalidad de unidades de análisis o entidades de población que integran dicho fenómeno y que debe cuantificarse para un determinado estudio integrando un conjunto N de entidades que participan de una determinada característica, y se le denomina población por constituir la totalidad del fenómeno adscrito a un estudio o investigación.” (Tamayo, 2015:47)

La población objeto de la presente investigación estará constituida por 10 Especialistas en Derecho Laboral, Civil y Constitucional en Lima Metropolitana.

#### *Distribución de la población*

<b>Distrito fiscal</b>	<b>Categoría</b>	<b>Población</b>
Lima Metropolitana	Especialistas en Derecho laboral, civil y constitucional	10

*Fuente: Elaboración Propia*

### **b) Muestra**

“La muestra es, en esencia, un subgrupo de la población. Se puede decir que es el subconjunto de elementos que pertenecen a ese conjunto definido en sus necesidades al que llamamos población.” (Behar, 2008)

La muestra con la que se trabajara la presente investigación es no probabilística intencionada, un subgrupo de la población, la muestra estará constituida por 05 abogados Especialistas.

El criterio que se utilizó para delimitar la muestra estuvo en la presente investigación seleccionada tiene las siguientes cualidades: Abogados litigantes, Especialidad en Derecho Laboral, Especialista en Derecho Civil y Especialista en Derecho Constitucional de Lima.

#### ***Distribución de la muestra***

<b>Universidad</b>	<b>Categoría</b>	<b>Población</b>
<b>Alas Peruanas</b>		
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas	Especialistas en Derecho laboral, civil y constitucional	05

*Fuente: propia*

#### **1.6.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.**

### **a) Técnicas**

“Se define como una técnica el proceso de recolección de datos que permite acumular y sistematizar información sobre un hecho o fenómeno social que tiene relación con el problema que motiva la investigación.”

Para realizar el acopio de información relevante y objetiva, que contribuya al tema de investigación, se emplearon las siguientes técnicas:

**La Entrevista:**” Es una conversación entre dos personas, por los menos, en la cual una es el entrevistador y la otra u otros son los entrevistados, quienes dialogan, con arreglo a ciertos esquemas o pautas, acerca de un problema o cuestión y con un propósito determinado. La entrevista reposa en gran medida sobre relatos verbales, es “la herramienta de excavar”, para adquirir conocimientos sobre la vida social.” (Pulido, Ballen, & Zuñiga, 2007)

- Técnica de Opinión de Expertos para validar la Guía de Entrevista.

Estas son las técnicas de recolección de datos a realizar por el investigador y que no se define antes; sino que debe ser establecido durante la investigación.

#### **b) Instrumentos**

“El investigador es el instrumento de recolección de los datos, se auxilia de diversas técnicas que se desarrollan durante el estudio. Es decir, no se inicia la recolección de los datos con instrumentos preestablecidos, sino que el investigador comienza a aprender por observación y descripciones de los participantes y concibe formas para registrar los datos que se van refinando conforme avanza la investigación.” (Hernandez, Fernandez, Baptista, & Lucio., 2014)

Se denomina a las diversas técnicas de recolección de datos realizado por el investigador y que no definido antes de la investigación; sino que debe ser establecido durante la investigación.

#### **La Guía de Entrevista**

“La guía de entrevista tiene la finalidad de obtener la información necesaria para comprender de manera completa y profunda el

fenómeno del estudio”. (Hernandez, Fernandez, Baptista, & Lucio., 2014)

Por medio de la guía de entrevista junto a la técnica, se comprenderá mejor el problema y lo que se desea informa de manera completa

### **1.6.5. Justificación, importancia y limitaciones de la Investigación**

#### **a). Justificación**

La justificación implica dar las razones que sostienen el trabajo e investigación y así lo señala claramente (Cegarra, 2013) debemos recordar que toda investigación es importante en si misma; no obstante, es necesario justificar la investigación exponiendo sus razones, su aplicación práctica o los resultaos que se desean alcanzar. (p.45)

Señala (Gomez M. C., 2015), que, respecto a los objetivos y las preguntas de investigación, es necesario justificar el estudio exponiendo sus razones. Estas razones deben ser lo suficientemente fuertes para que se justifique su realización. Se tiene que explicar con claridad porque es conveniente llevar a cabo la investigación, cuáles son los beneficios que se derivan de ella, y quienes se benefician. (p.45)

**Justificación teórica:** “En investigación, hay una justificación teórica cuando el propósito del estudio es generar reflexión y debate académico sobre el conocimiento existente, confrontar una teoría, contrastar resultados o hacer epistemología del conocimiento existente.” (Bernal, 2016)

En el aspecto teórico:

*Se justifica el contenido conceptual y provee una visión crítica de las tendencias actuales en El Despido de la Mujer embarazada respecto al Derecho Fundamental del Trabajo en Lima Metropolitana, aportando conocimientos y antecedentes que sean fuente de futuras investigaciones en el ámbito laboral. La investigación propone modificar para unificar los*

*critérios legales respecto al T.U.O 728, que tengan carácter vinculante para proteger una estabilidad laboral reforzada como lo señala el espíritu de nuestra carta magna de 1993. Proteger a la madre vulnerada en sus derechos fundamentales para que así se realice la añorada armonía entre el empleador y la colaboradora dentro del centro laboral.*

**Justificación practica:** (Gomez M. C., 2015)nos dice:” se considera que una investigación tiene justificación practica cuando su desarrollo ayuda a resolver un problema o, por lo menos propone estrategias que al aplicar contribuirán a resolver”. (p.105)

La presente investigación aporta al bienestar social, protegiendo a la trabajadora gestante con especial énfasis debido a que tiene vital importancia respetar y garantizar el derecho al trabajo, a la salud y la maternidad de toda mujer, promoviendo así la igualdad de trato y oportunidad.

Por ello, lo que se busca es proponer modificar y unificar la normativa laboral así se erradique cualquier tipo de abuso laboral.

**Justificación metodológica:** “En la Investigación científica, la justificación metodológica del estudio se da cuando el proyecto por realizar propone un nuevo método o una nueva estrategia para generar conocimiento válido y confiable.” (Bernal, 2016)

*Por ello en el aspecto metodológico, para obtener los datos de la investigación utilizaremos la guía de entrevista, este instrumento se sometió al proceso de validez y confiabilidad, ya que se diseñó y aplico un instrumento específico en el despido de la mujer en estado de embarazo sin causa justa respecto al derecho fundamental del trabajo en el distrito de Lima Metropolitana. Esto va a servir de orientación a otros investigadores para futuras investigaciones relacionadas al tema.*

**Justificación social:** “La justificación social se refiere al cambio efectuado en la sociedad debido al producto de la investigación. “ (Santa Cruz, 2018)

*En el aspecto de relevancia social, de acuerdo a los resultados y conclusiones que se obtuvieron va a beneficiar a la trabajadora gestante porque se llenara el vacío en la protección de sus derechos laborales, que fomenta la igualdad de oportunidades en la vida laboral entre hombres y mujeres, lo cual ampara el derecho a la maternidad que tiene toda mujer en edad fértil.*

**Justificación legal:** “El Derecho como disciplina que regula el comportamiento de los integrantes del grupo social evoluciona a la par como lo hace la sociedad y desde esta perspectiva es necesario analizar si la normativa regulatoria del despido se compadece con los efectos que produce.” (Tribunal Constitucional del Peru, 2006)

*En tal sentido, la investigación se justifica jurídicamente en la vigente Constitución Política del Perú y en el T.U.O del D.L 728, se hará un análisis de las normas que regulan el comportamiento del empleador respecto a la mujer gestante en su centro laboral y se sustenta los correctivos correspondientes de dicha norma, creando unas herramientas necesarias y eficaz para la correcta aplicación del derecho adquirido en el trabajo.*

## **b) Importancia**

“La importancia del problema de la investigación se orienta en responder las expectativas sociales y otros, que la sociedad espera alcanzar y que permite su desarrollo o la atención de una necesidad. Desde la perspectiva de Sánchez y Reyes, el estudio de investigación puede ser importante por su contenido teórico – científico, que contribuyan al desarrollo de la ciencia y de la técnica.” (Sanchez Carlessi & Reyes, 2015)

Este trabajo de investigación salvaguarda los derechos de la trabajadora en estado de embarazo que sufre de despido sin causa justa lo cual busca que el despido sea declarado nulo, debido a que trae consigo abuso del empleador por su condición, lo que se busca es se interprete y se dé una adecuada aplicación de las normas existentes en la protección de las mujeres en estado de embarazo, así desarrolla sobre el tema el investigador (Arce, 2012), cuando señala que: la importancia de la investigación científica es que nos ayuda a mejorar el estudio porque permite establecer contacto con la realidad a fin de que la conozcamos mejor. La importancia de esta investigación en el campo científico es: que se le ha tratado como un proceso sistemático: cuando se recoge la información a través de un proceso que interpreta, modifica y crea conocimientos. Un proceso organizado: cuando las conclusiones obtenidas son hechos observados y estudiados, y no impresiones subjetivas. Por eso es importante este estudio.

### **c) Limitaciones de la investigación**

(Gomez A. , 2007) “La limitación de los recursos, se refiere a la disponibilidad de los recursos financieros básicos para la realización del estudio de investigación. Otras limitaciones pueden ser de información o acceso a ella y de la población disponible para el estudio y es por estas razones que el investigador debe exponer las limitaciones del proyecto con el fin de facilitar su viabilidad”

La limitación económica, fue un factor predominante para la ampliación de la investigación y recolección de mayor material de información.

En el desarrollo de la investigación tuvo dificultades en poder acceder a la muestra al ser personas con carga laboral para el desarrollo de las entrevistas, por otro lado, existieron algunas dificultades para obtener los datos bibliográficos

Estas limitaciones fueron superadas por la investigadora.

## **CAPITULO II**

### **MARCO TEORICO**

#### **2.1 ANTECEDENTES DEL ESTUDIO DE INVESTIGACION**

En la presente investigación se ha hecho una exhausta indagación a los antecedentes nacionales como a los antecedentes internacionales, encontrando los siguientes estudios relacionados con el tema, lo que contribuirá a sustentar la presente investigación.

##### **2.1.1. Antecedentes internacionales**

(Martinez, 2017), realizo una investigación en Quito -Ecuador de título “Análisis del despido ineficaz, su aplicación en la mujer embarazada y en período de lactancia. Trabajo de titulación previo a la obtención del título de abogado de los Tribunales y Juzgados de la República de Ecuador de la Universidad de los hemisferios.

La presente investigación se tiene como objetivo determinar la figura del despido ineficaz en el Código de Trabajo como nuevo elemento



enriquecedor del derecho laboral que garantiza el respeto pleno al derecho al trabajo y el respaldo en concordancia con la normativa legal que ampara a mujeres embarazadas y en período de lactancia de modo que no sean sujeto de despido arbitrario, hasta el cumplimiento de los períodos establecidos de nueve meses para el embarazo y de doce meses posteriores al parto correspondientes al periodo de lactancia, pudiéndose afirmar que la nueva reforma al Código de Trabajo que reconoce la figura de despido ineficaz constituye un elemento de equilibrio entre la relación que se establece por parte del empleador y el empleado en condiciones de maternidad y lactancia.

Teniendo como población no probabilístico a criterio del investigador de inclusión se procedió a seleccionar el código de trabajo ecuatoriano y, como muestra se configuro a través de la reforma del código de trabajo ecuatoriano, en la ley orgánica de justicia laboral y reconocimiento del trabajo en el hogar, en su artículo 195 inciso 1, el cual plantea como nueva figura la prohibición del despido y declaración ineficaz a trabajadoras en estado de embarazadas o asociado a su condición de gestación o maternidad, emitida en el año 2015. En esta investigación los instrumentos para re coleccionar datos fueron: el análisis de la normativa laboral vigente nacional; y tuvo como metodología una investigación no experimental- trasversal.

El resultado de la investigación nos brinda la figura del despido ineficaz que ha sido implantada como un elemento protector a la madre, garantizando su estabilidad laboral durante el período de 9 meses correspondientes al embarazo y de 12 meses correspondientes para el período la lactancia. La normativa establecida en el Código de Trabajo y la Constitución de la República del Ecuador busca abarcar los intereses y necesidades de las mujeres embarazadas y en período de lactancia de modo que se logre una atención integral que garantice el pleno derecho al trabajo, y por ende el respeto al derecho a la no discriminación y al desempeño pleno en la actividad laboral realizada, con lo cual dicha regulación debe ser tomada como un adelanto en materia de protección

laboral, permitiéndose desde la entrada de dicha norma una mayor seguridad del trabajador respecto a su puesto de laboral, situación que históricamente tiene relevancia ya que es la primera reforma desde el año 2008, como elemento clave de la lucha de poder entre el empleador y trabajador.

(Castillo, 2012), en su tesis titulada: “El incumplimiento de los derechos laborales de la mujer embarazada en la empresa privada” para optar el título de abogado en la Universidad Nacional de Loja de Ecuador.

El presente estudio comprende la realización de un proceso de investigación de campo teniendo como objetivo establecer el incumplimiento de los derechos laborales de la mujer gestante en la empresa privada, teniendo como, tuvo como población a 30 Abogados especialista en derecho, tomando como muestra a los 10 profesionales en derecho, los cuales responden a la preguntas según su experiencia profesional, como metodología una investigación no experimental – transversal.

Por ello se arriba a las siguientes conclusiones: la presente investigación aborda un problema jurídico, es la falta de poder coercitivo del código de trabajo ecuatoriano y la notificación anticipada de estado de gravidez de la trabajadora gestante, en el primer supuesto se busca garantizar los derechos de las madres trabajadoras en estado de gestación, antes, durante o después del parto que viene siendo vulnerado en la empresa privada, esto debido a que los empleadores que infringen las normativa de protección hacia la trabajadora gestante tienen penas benignas como multas de 200 dólares, lo cual no guarda relación con los daños ocasionados, por ello el objeto del presente trabajo se enfoca en determinar la insuficiencia de las normativas coercitivas para conseguir que el empleador no abuse de su poder de ius variante, tiene como propuesta el proyecto de reforma del código de trabajo ecuatoriano para implementar medidas coercitivas e indemnizatorias ante la vulneración de los derechos

de las madres trabajadoras. En el segundo supuesto tenemos que la exigencia de la notificación previa de embarazo para acogerse a la licencia por maternidad varía de una legislación a otra en el caso de Austria, Irlanda y Reino Unido el incumplimiento de la notificación puede dar lugar a que la trabajadora gestante pierda toda protección jurídica, en diferencia de Dinamarca, Francia, Italia y Grecia países los cuales la protección de licencia de maternidad, seguirá de manera independiente de cómo y cuándo se pronuncie.

Finalmente se manifiesta el acuerdo total de los entrevistados de la necesidad de reformas y optimización de restricciones legales respecto a las medidas coercitivas que garanticen el fin protector del ordenamiento jurídico.

(García M. A., 2012), realizó una investigación en Quetzaltenango-Guatemala de título “Discriminación de la mujer embarazada para ser contratada en centros de trabajo en la ciudad de Quetzaltenango”. Previo a conferirle en el grado académico de: Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar.

La presente investigación científica de tesis obedece a la necesidad de indagar, analizar y dar tratamiento adecuado al problema existente en los centros de trabajo de la ciudad de Quetzaltenango, siendo nuestro objetivo general realizar un estudio que contribuya a reducir el índice, de discriminación de la mujer embarazada para ser contratada en los centros de trabajo de la ciudad de Quetzaltenango, se detectó el problema a través del análisis de la protección especial a las mujeres trabajadoras durante el embarazo y después del parto, no contemplándola como una excepción a la igualdad de trato, sino más bien como una condición para la no discriminación en el empleo, estudiando la el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres en materia de trabajo.

La discriminación de género es un fenómeno a escala mundial, que consta un obstáculo para el desarrollo humano sostenible y la democracia. Por lo cual se considera una de las principales causas de pobreza ya que

impide a la mitad de la población económicamente activa de género femenino en etapa reproductiva, poder recibir educación y acceder a un empleo digno, entre otros servicios que garanticen su bienestar y respeto de sus derechos universales, con lo cual impide la participación equitativa entre hombres y mujeres, la población

En Guatemala son pocas las políticas que apoyan a determinados grupos con el fin de eliminar o reducir todo tipo de desigualdades ante la Mujer Gestante, siendo muy difícil su inserción laboral y con ello el bienestar de su célula familiar, la metodología a emplear fue el Método deductivo, en virtud de que se partirá de las categorías de investigación generales para llegar a las específicas que se pretende explicar. La población fueron 30 trabajadoras gestantes, jueces laborales y abogados litigantes, y, como muestra a 10 trabajadoras gestantes a 10 jueces laborales y 10 abogados litigantes, así mismo la técnica de recolección de datos fue la entrevista, mediante la guía de entrevista teniendo como muestra a los mismos jueces, abogados y trabajadoras gestantes

En el Análisis de resultados se obtuvo que la encuesta dirigida a las madres trabajadoras si: ¿habían sufrido algún tipo de discriminación en el trabajo? La respuesta fue que el 60% de encuestadas respondieron que si fueron víctimas de discriminación en su empresa y el 40% respondieron que no, lo cual evidencia que predomina la discriminación laboral.

En La encuesta dirigida a jueces sobre: ¿Si existe razones jurisprudenciales que establezcan diferencias para distinguir la capacidad de una mujer gestante de una mujer soltera en el trabajo? El 100% contestó que no existen razones para realizar algún tipo de distinción entre las mujeres gestantes y las mujeres soltera, que dicha diferencia solo configura una vulneración en los derechos humanos además de contradecir el ordenamiento jurídico.

En la encuesta dirigida a Abogados especialistas sobre: ¿si existen en la actualidad situaciones de discriminación laboral por motivo de embarazo? El 70% coincidieron que si aún prevalece la discriminación por maternidad, por lo cual se recomienda realizar un mayor énfasis en la divulgación sobre la protección que tiene la madre gestante.

El 98% de los encuestados coinciden que la mujer embarazada trae mayor riesgo de ser despedida de su trabajo que la mujer soltera, siendo esto un “Mobbing maternal”.

Se llega a la conclusión que para ir contra la discriminación se necesita el esfuerzo de varios agentes del gobierno de Guatemala, Organizaciones Nacionales e Internacionales, para armonizar y difundir las buenas prácticas laborales e igualdad entre hombre y mujer

(Molina, 2012) En su tesis titulada: “El derecho al trabajo de la mujer en estado de gravidez a la luz de los artículos 101 y 102 de la Constitución Política de Guatemala” para optar los grados de Abogada y Notaria y del grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad Rafael Landívar de Guatemala

Dentro de la investigación se plantea varias interrogantes respecto al derecho que posee una mujer en estado de gravidez a obtener una oportunidad de trabajo en margen al artículo 101 y 102 de la Constitución Política de Guatemala, basadas en sus capacidades laborales y no en su estado físico.

El objeto de la investigación es determinar con exactitud si existe actualmente discriminación en materia laboral para la mujer embarazada y determinar con base a los artículos mencionados, si la presentación del requisito de certificación de no gravidez anexada a la solicitud de trabajo, constituye disminución del derecho laboral para la madre trabajadora, considerando tal exigencia inconstitucional. Así mismo se realizó una encuesta a los Abogados litigantes en derecho laboral y, como muestra a 10 de los abogados litigantes en derecho. En esta investigación los instrumentos para recopilar datos fueron: la análisis de los artículos 101 y 102 de la Constitución Política de Guatemala, encuesta y la entrevista; y tuvo como metodología una investigación no experimental- transversal. De esta investigación se dio la discusión de resultado en donde los entrevistados coinciden que la normativa protege el derecho al trabajo de una manera general y no se ha encontrado alguna normativa especial que

establezca a los patronos la prohibición y sanción sino respetan el derecho enfatizado del tema en materia.

Finalmente se llega a la conclusión que las mujeres que resultan embarazadas estando empleadas niegan sus derechos maternidad para conservar sus empleos, por ejemplo el tiempo de pre y post parto el cual es necesario para prepararse en la llegada del nuevo ser vivo, lo que conlleva a serias consecuencias para su salud reproductiva.

(Muñoz, 2010) En su tesis titulada: “Indemnización por daño moral en los despidos” para optar el grado de Abogacía en la Universidad del empresarial siglo veintiuno de Argentina.

Se tiene como objetivo: Analizar el concepto de daño moral y qué papel juega dentro del ambiente laboral, ya que tenemos conocimiento que la indemnización por daño moral se encuentra ubicada en el campo civil, entendida, en sentido amplio como la reparación del agravio moral que sufre una persona por el obrar antijurídico y daños que ocasiona otra. Ahora bien en el ámbito laboral el trabajador se encuentra en una situación de subordinación ante el empleador el cual puede menoscabar o frustrar derechos fundamentales de su dependiente, como puede ser su honras, dignidad o integridad, sin embargo cuando estos hechos ocurren junto al despido, la ley de contratación de trabajo, no consagra explícitamente la reparación por daño moral entre sus rubros indemnizatorios, lo cual genera una gran discusión jurisprudencial y doctrinal.

La metodología a implementar será la cualitativa, ya que es aquella que tiene como fin la búsqueda, recuperación, análisis, interpretación de datos extraídos de fuentes documental.

La población no probalística a criterio del investigador y por criterio de inclusión se procedió a seleccionar jurisprudencia dictadas por los tribunales de trabajo de Argentina y como muestra a 5 jurisprudencias de estos tribunales de trabajo, los cuales buscan crear un criterio uniforme del juez para cuantificar el daño de manera justa y equilibrada pero sin perder la particularidad de cada caso en concreto.

Ahora bien, corresponde la indemnización civil siempre que exista antecedentes directos del despido, como lo son las conductas abusivas del empleador por tener la facultad de terminar el vínculo laboral, encuadrándose en actos ilícitos, generando así un daño que va más allá de las consecuencias normales de un despido, lesionando derechos extra patrimoniales de los trabajadores, como son su honra, dignidad, integridad psíquica. Se describe como daños derivados del despido 3 situaciones, en primer lugar, la pérdida de salario es decir ingresos económicos con los cuales satisface la necesidad personal y familiar, en segundo lugar la pérdida de progreso en la carrera, quebrando la antigüedad del empleo y por último la pérdida de lazos de amistad, los cuales se obtienen cuando más tiempo se pasa el trabajador a servicio de una misma empresa.

Se concluye resaltar dos tesis del daño, tenemos la tesis del resarcimiento, en el cual se menciona la indemnización como medio idóneo y suficiente para compensar el daño sufrido de la persona desprendida de su empleo y por otro lado tenemos la tesis mixta que resalta la doble función que tiene la indemnización, por un lado se obtiene el carácter resarcitorio para la víctima y por otro de sanción para el agente del ilícito, cumpliendo una función de naturaleza resarcitoria y naturaleza punitiva para el agente causante del daño.

### **2.1.2. Antecedentes nacionales**

(Cruzado, 2015), Realizo un trabajo de investigación titulada “La afectación de los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada al extinguir el empleador la relación laboral durante el período de prueba”. Tesis para optar el título profesional de: Abogado de la Universidad Privada del Norte-, en la Ciudad de Trujillo.

Objetivo, estudiar todas las aristas que engloba la extinción de la relación laboral por decisión del empleador de una trabajadora embarazada durante el período de prueba, y los derechos fundamentales de las trabajadoras embarazadas, en el presente trabajo se utilizó un enfoque cualitativo, con un diseño no experimental- transversal, tiene como población los juzgados

de la corte superior de justicia de la libertad y las sentencias emitidas por nuestro Tribunal Constitucional y las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales extranjeros, analiza el contexto en que se lleva a cabo la extinción del contrato por decisión del empleador de una trabajadora gestante, durante el tiempo de prueba y, como muestra 5 jueces superiores de la corte suprema de la libertad y 5 sentencias la primera sentencia recaída en el expediente N°2456-2012-AA/TC, emitidas por el tribunal constitucional Peruano, la sentencia recaída en la causa N° 104.019 expedidas por las salas de segunda suprema de la corte de justicia de la provincia de Mendoza, la sentencia T- 513 /08, emitida por la sala novena de revisión de la corte constitucional, la sentencia N°144/2014, emitido por el juzgado de lo especial N° 26 de Madrid, y la sentencia N° 173/ 2013 emitida por el tribunal constitucional Español. Los instrumentos utilizados fueron las fichas bibliográficas, guía de entrevista, guía de estudio de casos, los cuales permitieron analizar los datos obtenidos mediante el uso de fichaje, de registro textual de las entrevistas efectuadas a los magistrados de la libertad y especialistas de la materia laboral en Trujillo.

Se llega a la unimidad de opiniones de los jueces de la corte superior de la libertad, que los despidos discriminatorios, que se perpetúan durante el periodo de prueba, suponen ceses inconstitucionales, que merecen ser reparados; por lo que sostener lo contrario supondría justificar el uso arbitrario de la facultad, que regula nuestra legislación a favor del empleador para cesar al trabajador; contrario sensu, no toda decisión del empleador, de extinguir la relación laboral de una trabajadora gestante en el periodo de prueba, constituye despido nulo, solo los actos que funden actos discriminatorios, y atentan a los derechos fundamentales de la trabajadora de gestante tengan indicios probatorios.

En el análisis de las sentencias utilizadas como muestra, se obtiene que si bien no existe una normativa vigente en nuestra legislación que regule la protección de la trabajadora gestante desde el periodo de prueba. Sin embargo en la jurisprudencia comparada tuvo la iniciativa de solucionar dicha deficiencia legislativa, toda vez, que en las sentencias emitidas por



los órganos jurisdiccionales de las sentencias de Colombia, Argentina y España, establecen criterios y teorías coherentes, con el ánimo de brindar protección a los derechos fundamentales de la madre trabajadora, los mismos que operan en toda la relación laboral, en entendiéndose esa relación desde el periodo de prueba. En Colombia tenemos la figura proteccionista a la trabajadora gestante mediante el fuero de maternidad o fuero laboral constitucional, en Argentina y España aplica la nulidad del despido

Del análisis realizado en la presente investigación, se arriba a las siguientes conclusiones: En las relaciones laborales de trabajadoras gestantes, que se encuentran sujetas a periodo de prueba, y que por decisión unilateral del empleador se extinga dicha relación laboral, la referida decisión unilateral vulnerará los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada; siempre y cuando, el empleador haya incurrido en un uso arbitrario de la facultad extintiva de la relación laboral, con la que goza durante la antes citada etapa inicial del contrato de trabajo, uso arbitrario que puede ser traducido, en un acto discriminatorio, el cual puede ser probado por la trabajadora,

Por cualquier medio idóneo incluyendo a los indicios, siendo el indicio más trascendental, la comunicación previa al empleador sobre el estado de su gestación, situación que evidenciaría que éste haya tomado dicha decisión extintiva de la relación laboral por una reacción negativa frente al conocimiento del embarazo de su trabajadora.

En nuestra legislación peruana aun la estabilidad laboral es precaria respecto a la protección a la trabajadora gestante desde el inicio del contrato de trabajo, es decir el periodo de prueba.

(Ynga, 2017) En su tesis titulada: “El criterio de los jueces para determinar la indemnización por daño moral y el resarcimiento de un trabajador afectado por un despido inconstitucional”, tesis para optar el título de abogada, en la Universidad Privada del Norte, en Trujillo- Perú:

La presente investigación tiene como objetivo determinar el criterio que tienen los jueces de la corte superior de la libertad del año 2011 al 2016 para indemnizar los despidos inconstitucionales a través del análisis de las sentencias de la corte superior de la libertad de los años de los años antes mencionados.

Para ello se tomó como población a especialistas respecto a la materia en estudio y, como muestra se determinó analizar 21 expedientes referidos a los despidos inconstitucionales y la indemnización por daño moral. Así mismo se realiza una encuesta a los mismos jueces de la corte superior de la libertad y se determinaron los criterios usados en la resolución de sus sentencias. En esta investigación los instrumentos para recolectar datos fueron: el análisis de casos, entrevistas, encuestas; la metodología de análisis- síntesis, el método inductivo- deductivo y método fenomenológico además de ser una metodológico no experimental-transversal. De esta investigación se llegó al resultado que el criterio para determinar según nos menciona el artículo 1984 de nuestro código civil que dice “El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima y a su familia, también señala que, compete al juez fijar el monto de la reparación por daño moral, lo cual lo deja ante un libre criterio.

Lo cual se puede reflejar en las sentencias analizadas de la corte superior de la Libertad 2011 al 20016. Las cuales coinciden que no existe un criterio de uniformidad por parte de los jueces para determinar la indemnización por daño moral en el despido inconstitucional.

Como resultado final del presente trabajo se critica a los jueces de Perú por fijar arbitrariamente el monto por daño moral, sin establecer criterios de cuantificación, y que las decisiones judiciales sean a discrecionalidad de cada juez, los cuales no establecen cuáles son sus criterios de interpretación para calcular la suma indemnizatoria o los supuestos que utilizan para llegar a dicha cantidad resarcitoria en cada caso en especial, por lo antes mencionado los especialistas en el tema labora antes entrevistados, nos mencionan como parte doctrinaria que los criterios alternativos para evaluar el monto indemnizatorio ante un daño

moral, se toma en cuenta, el tiempo de trabajo, el cargo desempeñado, además de la carga familiar y la vulnerabilidad de la persona que lo solicita.

Lo cual aún no se existe un criterio uniforme por parte de los jueces para la determinación de la indemnización de daño moral ni que forma de despido, pueden acogerse a la mencionada figura, ya que el despido inconstitucional es amplio y necesita una mayor precisión en cuanto a su configuración.

(Torres, 2015)) En su tesis titulada "La Indemnización frente a la nulidad del despido. Especial referencia a los trabajadores amparados por La Ley 24041" para optar el título de abogado en la Universidad de Piura, La presente investigación tiene un enfoque cualitativo, con un diseño de teoría fundamentada, la cual nos brinda un análisis de cómo debe ser la indemnización por daños y perjuicios respecto a un despido nulo con posterior reposición del trabajador.

El objeto de la investigación es desvincular las directrices sobre los cuales se determina la indemnización por daños que los trabajadores proclaman en las demandas. Por un lado, tenemos el daño provocado por dejar de percibir las remuneraciones entre el despido y la reposición y por el otro tenemos los daños morales ocasionados productos del despido injusto.

Respecto a ello las normas laborales han dejado un enorme vacío en lo que concierne al período que transcurre entre el despido y la reposición. En ese sentido las demandas de los trabajadores se han centrado más que nada en las remuneraciones y beneficios laborales dejados de percibir durante el despido sin que ello constituya el resarcimiento íntegro del daño ocasionado. El daño contractual constituye la afectación más evidente que sufre todo trabajador despedido y luego repuesto. No obstante, los agravios morales también han salido al escenario de este tipo de demandas. Así, y a pesar del vacío de las normas laborales, los pagos por remuneraciones devengadas y por daños morales se presentan como reales contingencias de un despido declarado nulo. Tanto el empleador privado como el público están sujetos a que demandas

de este tipo le lleguen a pesar de ya haber repuesto al trabajador. En los casos de daño moral, aunque sea por montos mínimos los jueces siempre otorgarán una compensación. Los jueces consideran como un hecho irrefutable que el trabajador siempre entrará en un estado de angustia por dejar de recibir sus remuneraciones. Por ello las demandas por daño moral no se molestan en explicar ni sustentar en qué consiste su agravio, sino que recurren a alusiones genéricas. La falta de exigencia por sustentar los daños genera también que la indemnización quede muy abierta al arbitrio del juez. En los casos de despido nulo del régimen privado y despido fraudulento tienen como casual la lesión de derechos extra patrimoniales y derechos constitucionales por los cual si sería oportuno solicitar una indemnización por el derecho lesionado, aparte del daño moral por el propio hecho del despido. Se llega a la conclusión que una manera de revertir las demandas por daño moral es acreditar el menoscabo a los intereses jurídicamente relevantes en la permanencia en su empleo, así tener los elementos necesarios que permitan dilucidar el menoscabo a estas expectativa legítima, con ello se obtendría demandas mejor elaboradas sentencias mejor fundadas e indemnizaciones homogéneas.

(Rivera R. C., 2014)), En su tesis titulada: “Naturaleza restitutoria de las remuneraciones devengadas de los trabajadores repuestos a través del proceso de amparo y su pago en la misma vía procedimental” apara optar el título de abogado en la Universidad Privada Antenor Orrego.

La presente investigación tiene como objetivo el desarrollo sobre la negación que realiza el Tribunal Constitucional del pago de remuneraciones devengadas derivadas en un proceso de amparo, esto debido a que accesoriamente a la pretensión de amparo solicitando la inconstitucionalidad del despido lesivo y por ello su reposición, los trabajadores también solicitan el pago de las remuneraciones dejadas de percibir por el despido injusto. Ante ello el tribunal niega la procedencia de esta pretensión, porque la considera como una reparación incompatible con el fin resarcitorio que tiene el proceso de amparo, así que los justiciables

tienen que recurrir ante otro proceso judicial para satisfacer sus derechos. Siendo ello una problemática actual debido a que el acudir a dos vías procedimentales para satisfacer sus derechos genera demora en el acceso a la justicia y mayores costos a nivel del trabajador y el Estado.

Para desarrollar el presente trabajo se utilizó como población a 38 unidades, entre ellos 23 jueces especialistas en lo laboral de Trujillo, 5 abogados especialistas en lo laboral y catedráticos, y 10 sentencias emitidas por el poder judicial y el tribunal constitucional de Perú del año 2002.

La muestra es de 36 unidades, debido a que 2 especialistas cesaron en sus labores.

La investigación es cualitativa, tiene como método sintético-analítico, inductivo- deductivo, la técnica utilizada es la entrevista, mediante la guía de entrevista y el fichaje mediante la recopilación documentaria y análisis de sentencias.

Se presentan los resultados empezando desde el análisis del despido nulo y su eficacia reparadora, debido a que es considerado como la expresión que tiene de salvaguardar la constitución política del Perú, los derechos fundamentales de trabajo, tutela judicial efectiva y no discriminación, por ello se da como resultado que la vía jurisdiccional correspondiente a este tipo de despido que se configura inconstitucional es el proceso de amparo con lo que dicho proceso solo tiene en esencia la finalidad de resarcir el daño mediante la nulidad del acto lesivo o la reposición al estado anterior al hecho ilícito, mas no el de resarcir pretensiones accesorias como es la indemnización, con lo cual se obliga a recurrir a otra vía procedimental. Finalmente los entrevistados coincidieron 73% es decir que al declarar fundada la demanda de amparo por despido que vulnere los derechos constitucionales del trabajo, se está declarando un despido nulo acotando que la vía procedimental laboral y la vía procedimental constitucional tienen el mismo fin sustancial, su diferencia va ser procesal.

En conclusión el 78% de entrevistados coincide que no están de acuerdo con el criterio que hace el tribunal constitucional respecto a

denegar las remuneraciones devengadas como consecuencia de una reposición por el proceso de amparo, que tenga como principal razón la lesión de los derechos constitucionales de los trabajadores, por ello negar dicho pago en la misma vía procedimental y pretender que se acuda ante otra vía procedimental para hacer efectivo su pretensión indemnizatoria, limita el proceso de amparo.

En el extremo del análisis de la guía de observación de las 10 sentencias emitidas por la corte suprema de justicia y el tribunal constitucional respecto a las remuneraciones devengadas como consecuencia de una reposición por el proceso de amparo, se llega a la conclusión que el 60% fueron declaradas infundadas y el 40% se declararon fundadas, con ello se puede contrastar la no uniformidad de criterios respecto a la función que debe cumplir el proceso de amparo en el despido lesivo a los derechos constitucionales del trabajo.

(Garcia A. J., 2017), En la tesis titulada “Los despidos con efectos de reposición n la indemnización por daño moral en los juzgados laborales de la corte superior de Justicia de Lima –Este 2017” para obtener el título profesional de Abogada en la Universidad Cesar Vallejos.

La presente investigación tiene como objeto el vislumbrar las direcciones o parámetros de las cuales se calculan la indemnización que le corresponde a los trabajadores víctimas de un despido injusto; para ello se utilizó como población a los juzgados de laborales de la Corte Superior de Justicia de Lima- este 2017, y como muestra a 47 especialistas en el procesos laborales, para ello se aplicó la técnica de encuesta; se tiene como metodología una investigación no experimental- transversal, los instrumentos de recolección de datos fueron:, la encuesta y entrevista.

En la presente investigación señala la evolución de las tipologías n el despido d Perú, en su primera vertiente se crearon bajo el ducto legislativo nº 728, Ley de Productividad y Competencia Laboral aprobada mediante D.S Nº 003-97, como el sistema de seguridad de estabilidad laboral relativa, norma por la cual se establece el despido arbitrario, el

despido nulo y el despido indirecto, despidos que generan distintas consecuencias jurídicas, por un lado tenemos que el despido arbitrio y el despido indirecto solo originan como consecuencias una indemnización, a diferencia del despido nulo que causa la reposición al centro laboral siendo el único despido de reinstalación del trabajo.

Ahora bien el pronunciamiento del tribunal constitucional sobre el caso Fetratel vs telefónica, en el expediente 1124- 2001/PA, por despido arbitrario, realizo un análisis al D.L 728, lo cual interpreta en concordancia con el artículo 27 de la Constitución Política del Perú, que cuando existe un despido sin causa alguna( Arbitrario), el trabajador tiene derecho a una reposición, con lo cual dicho pronunciamiento del tribunal constitucional reconfigura una nueva tipología de despidos con efectos de reposición, creando dos figuras nuevas: el despido incausado y el despido fraudulento, los cuales procede en consecuencia la reposición del trabajo y posteriormente un proceso de indemnización por daños, distinto efecto tiene el despido nulo el cual tiene como consecuencia solo las remuneraciones devengadas.

Finalmente de los 47 jueces especialistas en procesos laborales de la corte superior de lima, tenemos como respuesta que el 70% opina a que los 3 tipos de despidos que tienen como consecuencia la reposición en el centro laboral, deben darle igualdad de oportunidad de pedir indemnización por daños y perjuicios.

## **2.2 Bases legales**

En la presente investigación se ha realizado una exhaustiva recolección legal a nivel internacional como nacional, teniendo como apoyo las siguientes fuentes legales.

### **2.2.1. Bases internacionales**

**a). Declaración de los derechos humanos Art.1, 2, 23, (Asamblea General, 1948)**

Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónoma o sometida a cualquier otra limitación de soberanía.

Artículo 23. Toda persona tiene derecho

1. Al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.
2. Sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.
3. A una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.
4. A fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

**b). Convención 183 de la Organización Internacional del Trabajo sobre “La protección de la maternidad en el trabajo- 2000” Fuente especificada no válida.**



Ratificado en Perú mediante Decreto Supremo N.º 012-2016-RE

Artículo 8º.-

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.

Artículo 9.-

1. Todo Miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo, y ello no obstante el párrafo 1 del artículo 2.
2. Las medidas a que se hace referencia en el párrafo anterior incluyen la prohibición de que se exija a una mujer que solicita un empleo que se someta a un examen para comprobar si está o no embarazada o bien que presente un certificado de dicho examen, excepto cuando esté previsto en la legislación nacional respecto de trabajos que:
  - a) estén prohibidos total o parcialmente para las mujeres embarazadas o lactantes, o
  - b) puedan presentar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer y del hijo.

**c) Convención sobre “La eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” Art.11 Fuente especificada no válida.**

Artículo 11.-

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular:

a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano;

b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo;

c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico; d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo;

e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;

f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.

2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;

b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales;

c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;

d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

3. La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda.

### **2.2.2. Bases nacionales**

#### **a) Constitución Política del Perú**

Art. 2, inciso 1, 2,15; Artículos 22, 23, 27.

Artículo 2°.- Derechos fundamentales de la persona Toda persona tiene derecho:

Inciso 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

Inciso 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Inciso 15. A trabajar libremente, con sujeción a ley.

Artículo 22°. -Protección y fomento del empleo El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.

Artículo 23°. -El Estado y el Trabajo 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.

El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.

Artículo 27°. -Protección del trabajador frente al despido arbitrario La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

## **b) Código procesal constitucional.**

Título III: Proceso de Amparo - Capítulo I: Derechos protegidos

Artículo 37. Derechos protegidos

El amparo procede en defensa de los siguientes derechos:

- 1) De igualdad y de no ser discriminados por razón de origen, sexo, raza, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole.
- 10) Al trabajo

Artículo 39. Legitimación. El afectado es la persona legitimada área interponer el proceso de amparo.

Artículo 44. Plazo de interposición de la demanda

El plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda. Si esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento. Tratándose del proceso de amparo iniciado contra resolución judicial, el plazo para interponer la demanda se inicia cuando la resolución queda firme. Dicho plazo concluye treinta días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena se cumpla lo decidido.

Artículo 45. Agotamiento de las vías previas

El amparo sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo

### **c) Texto Único Ordenado del decreto legislativo 728 LPCL**

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

- a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;
- b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;
- c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del Artículo 25º;
- d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;

e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir. Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previo al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa.

Artículo 34: El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización. Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38º, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente. En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38

Artículo 36: El plazo para accionar judicialmente en los casos de nulidad de despido, despido arbitrario y hostilidad caduca a los treinta días naturales de producido el hecho. La caducidad de la acción no perjudica el derecho del trabajador de demandar dentro del período prescriptorio el pago de otras sumas líquidas que le adeude el empleador. Estos plazos no se encuentran sujetos a interrupción o pacto que los enerve; una vez transcurridos impiden el ejercicio del derecho. La única excepción está constituida por la imposibilidad material de accionar ante un Tribunal Peruano por encontrarse el trabajador fuera del territorio nacional e impedido de ingresar a él, o por falta de funcionamiento del Poder Judicial. El plazo se suspende mientras dure el impedimento

Artículo 40º.- Al declarar fundada la demanda de nulidad de despido, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes. Asimismo, ordenará los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y, de ser el caso, con sus intereses

**d) Reglamento del decreto legislativo 728: Arts. 48, 52, 53, 54**

Artículo 48.- Se considera discriminatoria, para efectos de lo dispuesto por el inciso d) del Artículo 62 de la Ley, una notoria desigualdad no sustentada en razones objetivas o el trato marcadamente diferenciado entre varios trabajadores.

Artículo 52.- La acción indemnizatoria en caso de despido arbitrario, excluye la acción de nulidad de despido. La acción de nulidad de despido requiere que cuando menos uno de los motivos a que se refiere el Artículo 62 de la Ley, sea expresamente invocado y acreditado por el trabajador como razón del mismo. Su ejercicio excluye a la acción indemnizatoria, pero puede optarse en ejecución de sentencia por el pago de la indemnización quedando extinguido el vínculo laboral.

Artículo 53.- En caso de despido nulo, si el Juez ordena la reposición, el trabajador deberá ser reincorporado en el empleo, sin afectar su categoría anterior. En la oportunidad en que se produzca la reposición del trabajador, las partes suscribirán un acta dejando constancia de tal hecho, o en su defecto cualquiera de ellas podrá solicitar al juez de la causa que la reposición se efectúe con la intervención del secretario cursor.

Artículo 54.- El periodo dejado de laborar por el trabajador en caso de despido nulo, será considerado como de trabajo efectivo para todos los fines, incluyendo los incrementos que por ley o convención colectiva le hubieran correspondido al trabajador,

excepto para el record vacacional. El record vacacional que quedó trunco con ocasión del despido, a elección del trabajador, se pagará por dozavos o se acumulará al que preste con posterioridad a la reposición.

#### **e) Código civil**

Título IX- sobre la Inejecución de Obligaciones donde se señala lo siguiente:

Artículo 1321.- Queda sujeto a la indemnización por daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

Artículo 1322.- El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.

Sección sexta- Responsabilidad extracontractual – daño moral.

Artículo 1984.- El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

Artículo 1985.- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

### **2.3.- Bases teóricas**

#### **2.3.1. El trabajo**

Sobre la importancia del trabajo el Doctor (Guerrero, 1998), nos señala que: “El trabajo es una característica del hombre y que ello nos distingue de las demás criaturas. Siendo un signo distintivo del hombre y la humanidad, por ello no es un simple instrumento de producción. Sino es una actividad libre, decorosa y necesaria para la vida y el desarrollo social. Las ideas de libertad y de igualdad marchan en conjunto hacia el derecho



al trabajo en igualdad de condiciones y oportunidades hacia todos los ciudadanos.

El trabajo tiene un papel preponderante en la economía ya que es el reflejo del esfuerzo y parte de los factores productivos de la sociedad, según (Parkin, 2014)): en su estudio de la economía nos brinda un concepto de trabajo en el cual es un latente capital humano para producir bienes y servicios que satisfagan las necesidades humanas, y que todos los bienes que se brindan y se satisfagan en una sociedad se realizan a través de los factores productivos ( tierra, trabajo, capital y organización). Siendo el trabajo esencial para la sociedad y el orden económico de un país (Rosales, 2000).

Por ello el trabajo se vuelve el pilar de un Estado Social de Derecho y ello da su reflejo desde el preámbulo de su constitución, como se puede apreciar en nuestra vigente Constitución Política del Perú n el artículo 23.

#### **2.3.1.1. El derecho al trabajo de la trabajadora en estado de gravidez**

Nos menciona (Cueva, 2016), para nuestra constitución y el derecho laboral, la madre gestante tiene particular protección, debido a que se busca fomentar no solo su participación en la vida laboral sino también su perduración y estabilidad laboral en el puesto que ostenta.

El Perú ha tenido una evolucionado constitucional contando así con un total de 12 Constituciones Políticas. A partir de la constitución de 1979 se puede apreciar el derecho al trabajo y la protección laboral en un régimen igualitario y sin discriminación entre hombres y mujeres, sin embargo en su artículo 45 ya nos hace mención a que “La ley determinara la protección a la madre trabajadora”, debido a que, en los derechos reproductivos, la mujer es quien muestra de manera evidente los cambios físicos de esta nueva condición, teniendo por ello de una protección especial.

Ya en nuestra actual y vigente constitución de 1993, se hace una especial protección en el artículo 23 el cual nos dice que “El trabajo, en sus diversas

modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menos de edad y al impedido de trabajar”

Luego de analizar la aproximación de los derechos fundamentales y su contenido esencial, toca adentrarse al llamado contenido esencial del derecho fundamental al trabajo. Pues en la medida que se sepa el contenido constitucional del derecho al trabajo se va a determinar la procedencia del amparo constitucional como mecanismo jurídico para la protección del referido contenido constitucional, pues el artículo 37° del Código Procesal Constitucional ha dispuesto que “El amparo procede en defensa de los siguientes derechos: a) Al trabajo.” Primero, cabe señalar que el derecho al trabajo es un derecho fundamental y/o constitucional pues está normado en el inciso 15) del artículo 2° de nuestra Constitución Política del Perú: “Toda persona tiene derecho: 15) A trabajar libremente, con sujeción a ley.” Ello nos pone en contexto y ayuda para determinar el contenido constitucional del derecho al trabajo. Por su parte (Schmitt, 1992) considera que la función esencial e los derechos fundamentales en la constitución es definir y garantizar la posición de la persona ante y en el Estado, que garanticen la protección y respeto de sus libertades como ciudadanos el pueblo el Estado.

Pues como ya se señaló líneas arriba, para poder determinar el contenido esencial debemos remitirnos primero a la norma constitucional. De acuerdo con el estudio de la forma de determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales, esto es remitirnos a la norma constitucional, debemos señalar que son varios los dispositivos constitucionales que hacen referencia al derecho constitucional al trabajo.

*El artículo 2° inciso 15) C.P., que interpretado sistemáticamente con el artículo 59° Constitución Política en el cual señala que el ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. Así también en el artículo 22° y 23° de la Constitución Política señalan que el trabajo es un deber y un derecho, y es objeto de atención prioritaria del Estado.*

*Estos artículos deben ser interpretados con el tercer párrafo del artículo 23° que prescribe: “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.” Con ello queda claro que el trabajo no puede por ninguna manera restringir los derechos constitucionales de los trabajadores.*

*Así también, en las normas internacionales vinculantes para el Perú, el Protocolo Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su artículo 6° prescribe: “(...) derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado.” El artículo 1° del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos prescribe “(...) toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida y aceptada.” Finalmente, conforme a lo establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 23° “toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección” Artículo 59° del CP: “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. (...)”de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el empleo.” De las normas internacionales se puede recoger en armonía que el derecho al trabajo involucra la LIBERTAD, lo cual nos lleva a afirmar que el derecho al trabajo en la constitución tiene mayor atención que la libertad de trabajo en el acto constitucional.*

*Puesto que conforme lo dispuesto por el artículo 1° de la Constitución política la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, lo que se interpreta en la posibilidad*

*jurídica y material que la persona pueda alcanzar su más pleno desarrollo. En consecuencia, el derecho al trabajo además de referirse al derecho a la libertad a trabajar, también implica el derecho de prestar el servicio conforme a las normas legales para el pleno desarrollo de la vida. Por lo dicho, el derecho al trabajo implica dos dimensiones, una el derecho a la libertad y otro el derecho prestacional. Asimismo, esta parte del derecho implica dos aspectos, el derecho a acceder a un puesto de trabajo y el derecho a permanecer en él; así lo ha dispuesto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Acceso al trabajo: Implica la adopción por parte del Estado de una política a que la población acceda a un puesto de trabajo, en forma progresiva y de acuerdo a las posibilidades del Estado. Esta definición puede determinarse conforme a lo establecido en el artículo 23° de la Constitución Política “El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, (...).El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y educación para el trabajo.”*

Finalmente, esta disposición debe ser interpretada con la Undécima Disposición Final y Transitoria que establece “Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente.” Nos menciona (Carrillo, 1993) que de este modo los derechos antes mencionados tienen rango constitucional, por ello quedan comprendidos en el ámbito procesal de protección, conformando los derechos fundamentales al trabajo y seguridad social.

En consecuencia, (Alonso, 1990) “no es que el Estado está obligado a otorgar directamente a las personas puestos de trabajo, sino que se compromete a plantear y ejecutar políticas dirigidas a promover la creación de puestos de trabajo. Al determinar los límites del acceso al trabajo, es entendible que como no se le puede exigir al Estado un puesto de trabajo, no procederá entonces demanda de amparo para solicitar esta

pretensión, toda vez que esta pretensión no forma parte del contenido constitucional del derecho al trabajo.”

### **2.3.2. Principios del derecho del trabajo con relación al despido lesivo**

El profesor Américo Pla Rodríguez nos menciona que “Los principios del derecho laboral son las líneas directrices o postulados que inspiran el sentido de las normas laborales y configuran la regulación de las relaciones de trabajo con arreglo a criterios distintos de los que pueden darse en otras ramas del derecho.” (Pla, 1998)

Según el Tribunal Constitucional, los principios del derecho del trabajo son “aquellas reglas rectoras que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuentes de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos, sea mediante la interpretación, aplicación o integración normativa”. (Sentencia Expediente N° 0008- 2005).

Algunos de los principios laborales tienen acogida en nuestra Carta Magna de 1993, lo que establece que en toda relación laboral se deben respetar los principios de igualdad de oportunidades sin discriminación, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la constitución y la ley, así como la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de la norma. Sin embargo, la legislación laboral, la doctrina y, particularmente, la jurisprudencia ha desarrollado estos principios y fijado otros que necesariamente deben observarse en las relaciones laborales, al aplicarse o interpretarse las normas sobre la materia y, en general, en el cumplimiento de las obligaciones laborales “legales y contractuales” tanto por el trabajador, el empleador como por la Autoridad Administrativa de Trabajo (Caballero, 2014)

#### **2.3.2.1. Principio de irrenunciabilidad**

(Toyama M. J., 2014), nos menciona que el principio de irrenunciabilidad está vinculado al principio protector el derecho laboral y se aprecia como un límite de la manifestación de las partes al formar una relación laboral,

así la parte fuerte de la relación laboral no puede vulnerar la voluntad de la ley a la hora de contratar debido a que el subordinado, tiene derechos reconocidos en la norma imperativa de la cual no puede excluirse.

Este principio se halla situado en el numeral 2 del artículo 26 de nuestra Carta Magna como uno de los principios fundamentales de toda relación laboral”

*Sobre el particular el supremo intérprete de nuestra Constitución ha indicado que “el principio de Irrenunciabilidad de derechos prohíbe los actos de disposición del trabajador, como titular de un derecho, que está sujeto al ámbito de las normas taxativas que, por tales, son de orden público y con vocación tuitiva a la parte más débil de la relación laboral”. En ese sentido, este principio “(...) tiene por objeto proscribir que el trabajador renuncie a sus derechos laborales reconocidos por la Constitución y las leyes vigentes en su propio perjuicio, en aras de resguardar sus intereses en la relación laboral dado que al trabajador se le considera la parte débil de la relación laboral”. Fuente especificada no válida.*

Es de notar que la Irrenunciabilidad de derechos no se identifica con el concepto de indisponibilidad de derechos como lo señala la Casación N° 2416-1997, “el ámbito de la norma constitucional que estatuye la irrenunciabilidad de los derechos laborales es de los derechos reconocidos como mínimos, que el trabajador debe gozar indefectiblemente, mientras que la indisponibilidad se refiere a la posibilidad de que un derecho pueda ser objeto de tráfico o negociación. De ahí que, por ejemplo, el principio de irrenunciabilidad no coloca derechos laborales dentro del grupo de los derechos indisponibles que no pueden ser materia de arbitraje,” según la Ley General de Arbitraje N° 26572.

### **2.3.2.2. Principio in dubio pro operario**

Respecto al principio protector mencionado (Palomeque, 2013) señala que el principio in dubio pro operario nace no para favorecer al trabajador de manera desproporcionada, sino se da cuando existe controversia normativa, como un criterio de interpretación legislativa.

Uno de los principios fundamentales del Derecho del trabajo lo constituye el principio protector, mediante el cual se parte de la tesis de que en una relación laboral la parte fuerte se ve representada por el empleador, mientras que la débil la ocupa el trabajador, para construir todo un andamiaje con la finalidad de evitar y no convalidar los abusos de la parte poderosa, estableciendo para ello criterios tendientes a balancear esta relación desigual. El numeral 3 del artículo 26° de nuestra Constitución Política del Perú, señala que ante una duda insalvable sobre el sentido de una norma de naturaleza laboral debe optarse por la interpretación que resulte más favorable o beneficiosa al trabajador. La jurisprudencia ha precisado que el referido numeral 3 del artículo 26° de la Const. P.P, no reconoce directamente un derecho constitucional, sino que fija un criterio de interpretación utilizable (ineludiblemente) en materia laboral, supeditado a la existencia de una duda insalvable sobre el sentido de una norma legal. **Fuente especificada no válida.**

### **2.3.2.3. Principio de igualdad de trato y no discriminación**

(Eguiguren, 2012), señala respecto al principio mencionada que “estamos consecuentemente ante un principio que defiende el derecho a ser tratados con igualdad, ya que gozamos de una igualdad jurídica en trato ante la ley y en su aplicación, ahora lo crucial es cuando nos encontramos ante una diferenciación o un trato desigual admisible constitucionalmente, lo cual es permisible justamente para evitar una discriminación por dichas diferencias.

“Este principio ha sido regulado de forma expresa por nuestra Constitución. Por un lado, de forma general, en el inciso 2 del artículo

2; y, por otro lado, de forma específica, en el inciso 1 del artículo 26. En el primer caso, “el principio de igualdad plasmado en la constitución no solo exige, para el tratamiento desigual en la aplicación de la ley a las personas, que la finalidad sea legítima, sino que los que reciban el trato desigual sean en verdad desiguales; que los derechos personales a la dignidad, a la integridad física, psíquica y moral, al libre desarrollo y bienestar adecuado, al desarrollo de la vida y a no ser víctima de violencia ni sometido a trato humillantes, son derechos constitucionales aplicables a todo ser humano. Sin que interese su grado de educación, sus costumbres, su conducta o su identidad cultural.”

En lo que respecta a estos derechos fundamentales, todas las personas son iguales, y no debe admitirse, en algunas personas y en otras no, la violación de estos derechos.

*En el segundo caso, “esta regla de igualdad asegura, en lo relativo a los derechos laborales, la igualdad de oportunidades de acceso al empleo (...) La igualdad de oportunidades -en estricto, igualdad de trato- obliga a que la conducta, ya sea del Estado o los particulares, en relación con las actividades laborales, no generen una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria. En ese sentido, la discriminación aparece en cuanto se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano (lo propio y privativo de la especie), o cuando se vulnera la cláusula de no discriminación prevista por la Constitución. Fuente especificada no válida.*

#### **2.3.2.4. Principio de continuidad**

Según (Valdeiglesias, 2018), el principio de continuidad en el empleo también llamado principio de estabilidad y permanencia, representa la



garantía del trabajador de desarrollar la actividad laboral de manera indefinida y continua, para el tiempo que requiera la actividad al ser contratado.

La naturaleza jurídico del principio se basa en que el trabajo es la principal fuente de riqueza, por lo que el contrato debe considerarse lo más extenso posible, para así beneficiar al trabajador en situaciones jurídicas relacionadas con el trabajo.

La Corte Suprema de Justicia de la República ha manifestado que el principio de continuidad es aquella regla “en virtud de la cual el contrato de trabajo se considera como uno de duración indefinida resistente a las circunstancias que en ese proceso pueda alterar tal carácter por lo cual este principio se encuentra íntimamente vinculado a la vitalidad y resistencia de la relación laboral a pesar que determinadas circunstancias puedan aparecer como razón o motivo de su terminación como en el caso de despidos violatorios de los derechos constitucionales, cuya sanción al importar la reconstitución jurídica de la relación de trabajo como si esta nunca hubiese interrumpido, determinada no solo por el derecho del trabajador al ser reincorporado al empleo, sino también a que se le reconozcan todos aquellos derechos con contenido económico, cuyo goce le hubiese correspondido durante el periodo que duró su cese de facto, pues de no acarrear ninguna consecuencia, constituiría una autorización tácita para que los empleadores destituyan indebidamente a sus trabajadores quienes no solo se vería perjudicados por la pérdida inmediata de sus remuneraciones y beneficios sociales, sino que también se afectaría su futura pensión de jubilación” . En aplicación del llamado principio de continuidad el contrato de trabajo perdura en el tiempo y no puede ser afectado o concluido por circunstancias distintas a las fijadas en la ley, menos si se trata de violaciones de derechos constitucionales. (Corte Suprema de Justicia de la Republica, 2005).

Podemos decir que este principio es un justificativo para la reposición de los trabajadores en los casos de despidos nulos, o por considerar que un contrato laboral es a plazo determinado cuando se evidencia que la actividad es de naturaleza permanente y sin importar lo que las partes hayan señalado en el documento (lo que deriva también del principio de la primacía de la realidad)

### 2.3.3. El despido

El despido, como extinción de la relación laboral, fundada exclusivamente en la voluntad unilateral del empleador presentan los siguientes caracteres según el autor (Montoya, 2016) refirió:

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

El despido “es una forma de extinción del contrato de trabajo que surge de la voluntad de alguna de las partes y puede fundarse en una justa causa o disponerse sin expresión de ésta.” Además, señala que “Es un acto informal, es decir que puede manifestarse verbalmente o por escrito. Pero, en el caso de despido con preaviso y de despido con justa causa, es requisito ineludible la forma escrita.” Grisolia J. (2004).

Podemos destacar de estas dos opiniones el rol importante que juega la voluntad unilateral del empleador en el despido, en forma independiente a

la existencia o ausencia de causa justificada o a cuál fuera ésta. En consecuencia, prima la voluntad del empleador como fuente principal del despido.

### **2.3.3.1. La protección del despido en la trabajadora en estado de gestación en los tratados y convenios internacionales.**

“En primer lugar, es importante remitirme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en París, el 10 de diciembre de 1948, instrumento constitucional que se constituye en una base fundamental para las declaraciones de derechos civiles, que, sobre sus principios, han realizado los países miembros.”

#### **Declaración universal de derechos humanos**

El Art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos en forma categórica señala que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.” (Asamblea General, 1948)

Esto significa, “que cuando nos referimos a todos los seres humanos, en estos términos se encuentran comprendidos tanto los hombres como las mujeres, y por tanto resulta contradictoria con el mencionado instrumento internacional primario, toda práctica que de cualquier manera implique discriminación para la mujer.” (Moreno, 2017)

Así mismo el Art. 2 de la mencionada Declaración de Derechos Humanos, reafirma “el principio de la no discriminación y proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona puede invocar todos los derechos y libertades proclamados en esa Declaración, sin distinción alguna y, por ende, sin distinción de sexo; por tanto, en razón de este principio, todos los Estados partes, entre los que suscribe el Perú, tienen la obligación de garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos.”

Sobre la base de la declaración de los derechos primordiales de las personas, que les corresponden a todos los individuos de la especie humana, posteriormente el 18 de diciembre de 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas, adopta en resolución No. 34/180, y abre para firma, ratificación o adhesión de los países miembros la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, en vigor el 3 de septiembre de 1981, y por tanto constituye de aplicación obligatoria por todos los Estados miembros de la ONU, entre los que se encuentra nuestro país.

*La mencionada Declaración empieza recordando que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad. Además, los países miembros expresan su preocupación por el hecho de que en situaciones de pobreza la mujer tiene un acceso mínimo a la alimentación, la salud, la enseñanza, la capacitación y las oportunidades de empleo, así como a la satisfacción de otras necesidades.*

### **Artículo 23**

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.
2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.
3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su

familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

#### **Artículo 24**

“Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.”

Teniendo presentes el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función tanto del padre como de la madre en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación, sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres, mujeres y la sociedad en su conjunto.

“La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, Aprobada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General del 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981, de conformidad con párrafo 1 del artículo 27. Aprobada en Perú mediante Resolución Legislativa 23432 del 4 de junio de 1982.”

En lo relacionado a la discriminación de la mujer en el trabajo por causa de maternidad o lactancia en el Art. 11, numeral 2, dicta las siguientes normas primordiales:

2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

- a) *Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;*
- b) *Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales;*
- c) *Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;*
- d) *Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.” (ONU.1981)*

Queda claro entonces, que el derecho internacional, y específicamente la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, proclamada por la Organización de Naciones Unidas el 3 de septiembre de 1981, en su Art. 11, numeral 2, literal

*a), prohíbe primeramente a los empleadores, bajo amenaza de sanción, todo tipo de despido o discriminación a la mujer por causa de embarazo, lactancia o estado civil. Por lo que, a partir de este instrumento internacional, todos los países miembros de la ONU, entre ellos el Perú, están obligados a acoplar sus legislaciones a esta declaración, estableciendo sanciones que cumplan el principio de proporcionalidad para todo empleador o patrono que procediere a despedir a la mujer que se encuentre en estado de gestación, en período de lactancia o por cualquier otra causa relacionada con su estado civil. Así mismo, el literal b), del numeral 2, del Art. 11 de la Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de*

*Discriminación contra la Mujer, impone la llamada licencia de maternidad con sueldo pagado, que consiste en el período de reposo y descanso de la mujer gestante y por un período luego del parto, disfrutando íntegramente de los beneficios laborales que le corresponden, sin que ello signifique menguas salariales de ningún tipo o pérdida de su puesto de trabajo, o perjuicios en materia de subsidios o consideraciones relativas a su antigüedad. (Organización Internacional del Trabajo, La eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979)*

En 1998, como resultado del informe "La protección de la maternidad en el trabajo", la Organización Internacional del Trabajo afirmó que pese a que el trabajo femenino constituía la principal fuente de ingresos para el 30% de los hogares a nivel mundial, "las trabajadoras embarazadas estaban expuestas a perder su puesto de trabajo y sus ingresos, y corren mayores riesgos sanitarios debido a la falta de garantías suficientes en materia de empleo. (Organización Internacional del trabajo, 1998)

### **2.3.3.2. Protección contra el despido por causal de embarazo en la normativa Peruana**

A partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 728 de 12 de noviembre de 1991, se "encamina a articular empresas competitivas y de mayor productividad, plasmando distintas maneras destinadas a flexibilizar el principio de estabilidad laboral" **Fuente especificada no válida.**

*Las reformas legislativas del régimen del despido han configurado un modelo dual de protección contra el despido en el cual coexisten dos niveles de protección máxima, diferenciados en función a la intensidad de tutela que les reconoce el ordenamiento jurídico.*

*El primero, corresponde al despido calificado como arbitrario, al cual se otorga una tutela resarcitoria que es la indemnización, sin que proceda su reposición o readmisión.*

*El segundo, se otorga al trabajador cuyo despido sea calificado como nulo, y se traduce en una tutela restitutoria que implica el derecho del trabajador a una reposición en su trabajo.*

*Es precisamente que el despido nulo y sus causales están regulados en el artículo 29 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 contenido en el Decreto Supremo N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante LPCL), en donde enumera taxativamente cinco causales por las que se configura el despido nulo: la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales; ser candidato o representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes; discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma y; por razones de embarazo si el despido se produce dentro de los 90 días anteriores o posteriores al parto. (Rivera R. C., 2014)*

“De la lectura del mencionado artículo se puede resumir que el legislador ha intentado proteger los derechos reconocidos constitucionalmente, tales como el derecho sindical, derecho a la no discriminación y el derecho a una tutela judicial efectiva. Asimismo, es clara la intención de la norma de prohibir ciertas conductas del empleador, o dicho en otras palabras evitar y convertir en ilegítimo ciertas actuaciones puntuales del empleador.”

Sin embargo, es el lugar donde podemos encontrar los primeros niveles de protección al trabajador contra el despido y, específicamente, en lo que



respecta a la presente investigación, el Artículo 78° de la Ley de Fomento del Empleo en donde señala que en caso de declarar fundada la demanda de reposición cuando el despido es nulo, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha de su reposición. Este es el primer antecedente de pago de las remuneraciones devengadas a los trabajadores repuestos judicialmente por un despido nulo. En consecuencia, el avance y desarrollo de las remuneraciones devengadas en este supuesto es donde empieza su cauce legal.

De lo expuesto encontramos que la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) recoge la misma situación en sus modificaciones introducidas, en donde, en lo que acontece al declarar fundada la demanda por despido nulo, le corresponde al trabajador el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha del despido hasta su reposición tal como lo dispone el artículo 40 del mencionado cuerpo normativo.

*(Rivera R. C., 2014) nos dice que “El despido ha sido desarrollado sustancialmente por el tribunal constitucional en el desarrollo jurisprudencial constitucional, se logra emitir la primera sentencia relevante para el despido que es la STC N° 1124-2001, que abre la pauta para una nueva conceptualización del despido arbitrario y su protección contra este; posteriormente, con la STC N° 976-2001 se emite una nueva clasificación del despido a lo que ya teníamos a través del cuerpo normativo, y son el Despido Injustificado, Despido Fraudulento; y, finalmente la STC N° 206-2005 contiene un precedente vinculante de observancia obligatoria, donde desarrolla las vías procedimentales adecuadas para la protección contra el despido en sus diferentes modalidades.*

En consecuencia, a la fecha el trabajador puede acudir al proceso constitucional de amparo para poder ser tutelados sus derechos constitucionales fundamentales que han sido vulnerados. Sin embargo, en la práctica

*“si uno revisa la vasta jurisprudencia que el Tribunal Constitucional ha expedido a lo largo de estos años en lo que respecta a las peticiones de reposición, podrá advertir dos temas particulares: a) que muchos de los demandantes solicitan, accesoriamente a su restitución, el pago de las remuneraciones impagas y que se han devengado por todo el periodo que duró el cese ilegítimo; y b) que en todos los casos se declara improcedente e infundado este pago”* (Avalos, 2012)

“De este modo el pedido de reposición y la restauración de los salarios correspondientes es desdoblada en una dual naturaleza, una constitucional y otra de índole laboral, siendo lo primero requisito de lo segundo, lo cual quiere decir que el trabajador despedido deberá lograr un amparo exitoso materializado en una reposición, para luego estar en condiciones de reclamar por las remuneraciones que dejó de percibir, pero deberá hacerlo en otra vía, que implica un proceso distinto, el mismo que ya no es gratuito y que puede extenderse por algunos años más.” (Avalos, 2012)

### **2.3.3.3. Eficiencia reparadora del despido**

“Tanto en la vía constitucional como en la vía laboral, no podemos negar que la tutela restitutoria es la de reponer al trabajador en su centro de labores. Sin embargo, poco se ha dicho en la doctrina sobre las diferencias o similitudes al respecto. Ciertamente, respecto a la vía laboral la figura es mucho más clara, en razón a que tenemos un texto normativo donde establece los alcances y límites de la eficacia restitutoria del despido nulo, contenido en los artículos 34 y 40 de la LPCL y los artículos 53 y 54 del Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo Decreto Supremo N° 001-96-TR.” (En adelante Reglamento de la LPCL).

Por el contrario, en la vía constitucional, a través de un proceso de amparo, la figura se torna un poco incierta y hace necesario buscar una respuesta dentro de los principios generales del derecho constitucional, puesto que el

artículo 1° del Código Procesal Constitucional establece “Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.”.

“Esta reposición al estado anterior que refiere el legislador tiene un carácter genérico que se refiere a todo tipo de estado antes de la afectación del derecho constitucional, es por ello que en el caso del despido con lesión de derechos constitucionales la situación o estado anterior deviene a ser la figura de reposición.”

Por otro lado, la tutela restitutoria dependerá de la naturaleza jurídica del objeto a proteger. Así, podrá brindarse una tutela restitutoria, que repare integralmente el derecho vulnerado o sólo una parte de ello.

*En el presente caso el legislador ha optado por una forma de protección mixta conforme al artículo 52 del reglamento de la Ley de Productividad y Competencia Laboral en donde permite que el trabajador opte entre la reposición o una indemnización, sin embargo, para efectos prácticos dicha potestad se encuentra regulada taxativamente para el despido nulo, en aquellos casos en que ha sido declarada fundada la demanda (Artículo 34 de la LPCL), entendemos por esta a la vía laboral, puesto que en la vía constitucional el máximo Tribunal ya ha establecido que en esta vía no puede optarse por una tutela resarcitoria por cuanto la finalidad del proceso de amparo es reponer las cosas al estado anterior de la violación del derecho, es decir, busca reponer el derecho y no resarcir el daño. Por ello esta regla de dualidad reparadora a opción del trabajador queda circunscrita únicamente para la vía procesal laboral.*

#### **2.3.4 Daño moral**

“Al respecto se apunta que el daño es el detrimento, la lesión total o parcial, y abarca, asimismo, el beneficio que no pudo hacerse efectivo” (Lafaille, 2006).

“Se define como el menoscabo de valores económicos o patrimoniales, en ciertas condiciones, o bien, en otras hipótesis particulares, la lesión al honor o a las afecciones legítimas” (Orgaz, El daño resarcible, 1990)

” El daño es todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y de la cual haya de responder otra. Además, el concepto de daño debe incluir la nota de antijuridicidad, pues tiene que existir una infracción a la norma jurídica” (Santos, 2003)

Max Arias-Schreiber sostiene que: “Si bien es difícil mensurar el daño moral, ello tendrá que someterse en definitiva al criterio de conciencia del juzgador. En ese sentido, las normas de justicia imponen la obligación de indemnizar siempre el detrimento irrogado, sea que se trate de daños exclusivamente patrimoniales, o de daños morales que engendren o no perjuicios patrimoniales.”

“A criterio del supremo tribunal, existen determinadas circunstancias frente a las cuales el trabajador puede recurrir a la vía judicial solicitando una indemnización por daño moral, debido a que la indemnización tarifada fijada por la ley está prevista para todos aquellos daños ordinarios que se puedan presentar producto del despido arbitrario y no para los daños extraordinarios generados por la conducta maliciosa del empleador.” (Castillo, 2012)

Para el máximo colegiado, la conducta maliciosa del empleador es aquella que genera una afectación especialmente dañosa sobre la dignidad, el honor y la reputación del trabajador.

“A juicio del supremo tribunal, el daño moral puede ser concebido como un daño no patrimonial inferido sobre los derechos de la personalidad o en

valores, que pertenecen más al ámbito afectivo que al fáctico y económico.”

“En consecuencia, considera que el daño moral abarca todo menoscabo proveniente del incumplimiento de cualquier obligación que se pueda valorar en función de su gravedad objetiva.”

“Ello lo confirma con la sentencia dictada por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, que declara fundada la Casación Laboral N° 5423-2014 interpuesta en un proceso ordinario laboral de indemnización por daños y perjuicio.” (Tribunal Constitucional, Sentencia 02016-2004-AA., 2004)

#### **2.3.4.1. Disposiciones del poder judicial respecto a la indemnización por daño moral en casos de despidos sin causa y fraudulentos (30/09/2018)**

El poder judicial informó, a través de un comunicado, que los jueces deben presumir la existencia de daño moral en casos donde el trabajador plantee demanda por despido incausado (sin causa) y despido fraudulento, supuesto por el cual deberá recibir una indemnización.

“Así lo acordó el Pleno Jurisdiccional Laboral y Procesal Laboral realizado los días 13 y 14 de setiembre en Chiclayo que convocó a cerca de 100 magistrados superiores de las 34 cortes del país”, señaló el Poder Judicial en su comunicado.

El juez supremo Héctor Lama More, presidente del Equipo Técnico de Implementación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, indicó que la aplicación de este criterio, acordado por mayoría, es para los casos de despido donde el juez dispone que el empleador excediera sus atribuciones y causó perjuicio al trabajador.

“El efecto del despido incausado y el despido fraudulento no solo requiere la reposición, sino la indemnización; y en materia civil esta tiene

varios componentes: daño emergente, lucro cesante y daño moral”, precisó.

En tal sentido, Lama More sostuvo que el Pleno Jurisdiccional Laboral y Procesal Laboral estableció que el solo acto del despido genera daño moral, es difícil de cuantificar porque no es material, sino psíquico, al estado de ánimo.

Añadió que los jueces no tendrán nada que discutir ni probar en estos casos, y los demandantes de una indemnización no tendrán que demostrar en su demanda, por ejemplo, que sufrieron depresión o afectación a su estado anímico.

“Si hay despido incausado o fraudulento, eso da lugar al daño moral; y la cuantía tendría que establecerse con prudencial razonamiento de equidad, conforme lo establece el artículo 1332 del Código Civil”.

#### **2.4. Definición de términos básicos.**

- **Contrato de trabajo.** – “Según los tratadistas Aubry y Rau, “El contrato, constituye una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones.” (Aubry: Rau, 2002)
- **Daño moral.-** “El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”, con lo que puede concluirse en que el daño moral es susceptible de resarcimiento tanto en la responsabilidad contractual como en la responsabilidad extracontractual”; y, “Entender que el daño moral invocado por un trabajador, dada su naturaleza civil, debe ser determinado e indemnizado en la vía civil y no laboral implica que el trabajador tenga que plantear dos procesos judiciales uno en la vía laboral para la indemnización de daños y perjuicios por lucro cesante y daño emergente y otro proceso en la vía civil para obtener indemnización por daño moral,

que podrían concluir eventualmente en pronunciamientos contradictorios.” (Osterling, 2007)

- **Derecho del trabajo.** – “Es el conjunto de principios, normas e instituciones que protegen, dignifican y tienden a reivindicar a todos los que viven de sus esfuerzos materiales o intelectuales para la realización de su destino histórico: socializar la vida humana.” (Robalino, 1993)
- **Derechos constitucionales.-** “Los derechos constitucionales son aquellos incluidos en la norma constitutiva y organizativa de un estado generalmente denominada Constitución que se consideran como esenciales en el [sistema político] y que están especialmente vinculados a la dignidad humana. Es decir, son aquellos derechos que disfrutan de un estatus especial en cuanto a garantías (de tutela y reforma) dentro del ordenamiento jurídico.” (Congreso de la Republica, 1993)
- **Derechos irrenunciables.** – “La constitución protege al trabajador aún respecto de sus actos propios, cuando pretenda renunciar a los derechos y beneficios que por mandato constitucional y legal le corresponden, evitando que, por desconocimiento –y sobre todo en los casos de amenaza, coacción o violencia– se perjudique.” (Congreso de la Republica, 1993)
- **Despido.** - “Es una forma de extinción del contrato de trabajo que surge de la voluntad de alguna de las partes y puede fundarse en una justa causa o disponerse sin expresión de ésta.” Además, señala que “es un acto informal, es decir que puede manifestarse verbalmente o por escrito. Pero, en el caso de despido con preaviso y de despido con justa causa, es requisito ineludible la forma escrita.” (Grisolia J, 2004)
- **Nulo.-** La voz “nulidad” deriva de la palabra nulo cuyo origen etimológico proviene de nullus: de *ne* que significa *no* y *ullus* que significa alguno, haciendo que por nulo deba entenderse aquello que es carente de valor y fuerza para existir, por ser opuesto o contrario, a las leyes o por carecer

de los requisitos, formalidades o solemnidades que se requieren en la sustancia o en el modo. (Palacios Eric, 2002)

- **Dignidad laboral.** – “El derecho laboral es un derecho protector de la clase trabajadora, a su vez busca el equilibrio de los factores de producción, capital y trabajo, al garantizar que las fuentes de empleo y la productividad permitan un nivel de vida digno al trabajador y su familia.”. (Reyes, 2012)
- **Empleador.-** “Toda persona natural, empresa unipersonal, persona jurídica, sociedad irregular o de hecho, cooperativa de trabajadores, institución privada, empresas del Estado, entidad del sector público nacional inclusive a las que se refiere el Texto Único Actualizado de las Normas que rigen la obligación de determinadas entidades del Sector Público de proporcionar información sobre sus adquisiciones, aprobado por el Decreto Supremo N° 027-2001-PCM y normas modificatorias, o cualquier otro ente colectivo, que remuneren a cambio de un servicio prestado bajo relación de subordinación.” Infantes, (Infantes, 2012)
- **Reposición.** - Del *repositio*, reposición “es la acción y efecto de reponer o reponerse (volver a poner o colocar a algo o alguien en el lugar o estado que tenía antes, reemplazar lo que falta.” (Orgaz, El daño resarcible, 1960)
- **Trabajador.** – “Persona natural que presta servicios a un empleador bajo relación de subordinación, sujeto a cualquier régimen laboral, cualquiera sea la modalidad del contrato de trabajo. En el caso de sector público, abarca a todo trabajador, servidor o funcionario público, bajo cualquier régimen laboral. Está también comprendido en la presente definición el socio trabajador de una cooperativa de trabajadores” (Infantes, 2012)
- **Despido justificado.** - Un despido es justificado cuando se cumple con el procedimiento previsto en la LPCL, en base a una causa justa



contemplada en la ley y debidamente probada. Si se realiza conforme a la ley, entonces no es exigible la indemnización (Tamayo J. , 2005).

- **Despido incausado.** – El despido incausado es cuando “se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique” (Tamayo J. , 2005)
- **Despido fraudulento.** - El Tribunal Constitucional ha declarado que un despido es fraudulento “cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente” (Arce, 2012)
- **Despido nulo.** -Este tipo de despido, previsto en el artículo 29º de la LPCL, prevé la reposición del trabajador al centro de labores<sup>17</sup>, en tanto se trata de un despido “por razones discriminatorias (Arce, 2012)
- **Indemnización laboral.** - Es una compensación de carácter económico de la cual es acreedor una persona con motivo de haber recibido algún tipo de perjuicio en sus derechos laborales.

**CAPITULO III**  
**PRESENTACION, ANALISIS E INTEPRETACION DE RESULTADOS.**

### 3.1. Análisis de tablas y resultados

Ítem	Entrevistado 1	Entrevistado 2	Entrevistado 3	Entrevistado 4	Entrevistado 5	Interpretación
1. ¿El despido de la trabajadora embarazada vulnera el derecho fundamental del trabajo?	Si, el despido por motivo de embarazo siempre trae una afectación al trabajador víctima del ilícito, ahora esta situación se agrava al estar en una etapa corporal ardua, como lo es el embarazo o alumbramiento, teniendo consecuencias trascendentales como lo es el violar el derecho a la igualdad en el trato, la maternidad entre otros.	Si, el despido de la mujer trabajadora por su situación de gestante, vulnera no solo el derecho fundamental del trabajo, sino el derecho fundamental de la vida del naceturus, dejando en peligro eminente el nacimiento estable y vivo del futuro niño.	Por supuesto, la vulneración del derecho al trabajo se configura desde que la acción que pone termino al contrato laboral tiene un fin ilegítimo, lo cual en el despido de la trabajadora gestante sin causa justa, perturba la libertad de trabajo, y el desarrollarse libremente sin perjuicio de su condición.	Si, el despido por causa de embarazo genera vulneración al derecho del trabajo, en todos los ámbitos del derecho y el ordenamiento jurídico, siendo estos catalogados como despidos inconstitucionales, por razón discriminatoria directa de sexo, que afecta el desarrollo social del país, a perder capital humano, por el ejercer el derecho reproductivo.	Este tipo de despido se configura como un despido inconstitucional ya que contradice el deber y el derecho no solo laboral sino también otros más complejos como es la no discriminación, la dignidad laboral, proyección de vida. Nuestra norma constitución protege al trabajo como medio para satisfacer nuestras necesidades, por ello la importancia proteger y no limita el acceso y permanencia de tan importante derecho	Los entrevistados en su conjunto coinciden que el despido de la trabajadora gestante sin causa justa, no solo perjudica a la mujer y al naceturus, también condena a la sociedad a perder capital humano necesario para el desarrollo social del país. Por lo tanto podemos concluir que el despido por condición de embarazo vulnera directamente la esencia protectora constitucional de una manera bilateral, en el equilibrio laboral, personal y social del país

Ítem	Entrevistado 1	Entrevistado 2	Entrevistado 3	Entrevistado 4	Entrevistado 5	Interpretación
<p>2. ¿Qué prueba se debe presentar para que se declare nulo el despido de la trabajadora gestante?</p>	<p>El T.u.o del Decreto Legislativo 728, nos menciona que el requisito de procedibilidad de aviso escrito y documentado es necesario para la aplicación del despido nulo por casual de embarazo</p>	<p>Como prueba se necesita el certificado documental con el previo aviso del estado de gestación que se le comunico al empleador, con ello se da la protección reforzada de la trabajadora en estado de gestación</p>	<p>La única prueba que exige ley laboral para gozar de la protección del fuero maternal, es que la trabajadora gestante haya comunicado de manera escrita su condición al empleador.</p>	<p>En el criterio interpretativo del tribunal constitucional, nos menciona que no se necesita presentar documento avisando del estado de gestación al empleador Siempre y cuando el estado de gestación sea evidente, debido a que es irracional notificar la notoria condición de gestación de la mujer trabajadora.</p>	<p>El requisito de exigencia de poner en conocimiento al empleador del embarazo, antes que se produzca el despido, se da para evitar despidos arbitrarios a trabajadoras gestantes que no translucen su real situación, de lo contrario no se podría deducir que este, fue a causa de su condición de gestante</p>	<p>Los entrevistados 1, 2,3 y 5 coinciden en que es necesario el aviso escrito del estado de gestación al empleador como requisito laboral para la aplicación de protección maternal.</p> <p>El entrevistado 4 aporta que en la esencia protectora que tiene el tribunal constitucional declara que no es necesario dicho aviso escrito si el estado de embarazo es evidente y requiere especial protección.</p> <p>Por lo tanto se concluye que es necesario esclarecer y tipificar el criterio de interpretación del tribunal constitucional respecto si es o no requisito de procedibilidad el aviso escrito del estado de gestación, para que se dé la protección en el fuero maternal.</p>

Ítem	Entrevistado 1	Entrevistado 2	Entrevistado 3	Entrevistado 4	Entrevistado 5	Interpretación
3. ¿Cuáles son los medios para procurar la defensa de la mujer gestante en nuestro ordenamiento jurídico?	Se tiene la vía ordinaria laboral, la cual al declarar un despido nulo, se entiende que a trasgredió la norma jurídica de protección al trabajo, dicha lesión es subsanada bajo la jurisprudencia del alto tribunal constitucional con una restitución en el centro laboral. Ello no enerva que se pueda accionar dicha demanda en la vía constitucional, como el derecho que se tiene a la doble instancia	La vía ordinaria laboral, declarado nulo el despido, si da por causales taxativas en el TUO del decreto legislativo 728 el cual en su interpretación considera la reposición al centro laboral, como medida idónea de subsanar el derecho lesionado de manera eficaz, ello se contrasta con el espíritu constitución en su carácter esencial de protección reparadora.	Se tiene la vía laboral, al respecto el tribunal constitucional ha emitido a través de diversas resoluciones, una nueva interpretación reparadora respecto al despido nulo, en el cual especifica que el despido declarado nulo tiene una eficiencia repositoria en el centro laboral, pero también es acta de exigir la restitución indemnizatoria en la vía civil.	Considero que La vía constitucional da una defensa inmediata, con la acción de amparo como medio de defensa con mayor efectividad contra el despido sin causa justa o por discriminación.	Existen dos vías procedimentales en el despido nulo, la primera es la vía ordinaria laboral, la segunda es la vía constitucional, ambas vías tienen como fin dar un efecto de reposición al centro laboral. La diferencia radica en el proceso de amparo que tiene como único fin la reposición del derecho lesionado y en la vía ordinaria se da una nueva interpretación del tribunal constitucional respecto al despido incausado y fraudulento estas figuras tienen derecho a la indemnización por daño moral en la vía ordinaria laboral, lo cual no lo ha especificado con el despido nulo, pero se debe entender que al ser también un despido sin causa justa, se puede acogerse a esta figura, para evitar la carga procesal.	Los entrevistados 1, 2, 3 y 5 consideran que la vía correspondiente al despido por causa de embarazo es la vía ordinaria laboral y se considera al proceso de amparo como vía opcional. Los entrevistados.  El entrevistado 4 considera que el medio eficaz en este tipo de despidos es el proceso de amparo, el cual da efectos inmediatos.  3 y 5 nos mencionan que la nueva interpretación del tribunal constitucional, busca unificar las vías procedimentales en el despido sin causa, haciendo que la vía procesal laboral sea el medio idóneo para pedir la reposición al centro laboral y el resarcimiento por daño moral como medio de protección y defensa de la trabajadora gestante. Por lo tanto se puede concluir que se necesita la unificación de las vías procedimentales de manera expresa en la normativa laboral., para brindar una mayor celeridad y economía procesal

Ítem	Entrevistado 1	Entrevistado 2	Entrevistado 3	Entrevistado 4	Entrevistado 5	Interpretación
4. ¿Cuáles son los daños que ocasiona el despido sin causa justa en la trabajadora gestante	El despido sin causa en mujeres en estado de gestación ocasiona un daño objetivo y subjetivo en la persona ocasionando no solo un desequilibrio económico, sino también emocional provocando secuelas por la discriminación.	Se debe tomar en cuenta que un despido injustificado siempre trae una lesión al derecho de la persona al trabajo, pero más allá de ello causa un daño social, debido al rol de la mujer hoy en día es un factor importante en el desarrollo del estado, y su no protección ocasionaría un desequilibrio y déficit de capital humano.	Los daños que ocasiona un despido sin causa, son amplios, pero el daño más preocupante el moral, debido a la discriminación y la falta de igualdad en oportunidades laborales entre hombres y mujeres, evidenciando que la mujer en etapa de madurez tiene como proyecto de vida el ser madre y ello no debe causar la pérdida de su empleo.	Se afecta de manera directa, dando un daño moral, debido a que el despido inesperado es causante de la lesión a la realización personal de la madre gestante por su situación, generando además un daño familiar, siendo la mujer trabajadora el sustento de hogar y siendo esta posibilidad frustrado o incapacitado en su ejercicio.	Este tipo de despido ilícito, ocasiona un daño patrimonial y evidentemente un daño moral, siendo un concepto subjetivo y extra patrimonial es de difícil compensación, pero la norma civil prevé esta figura para el amparo del pesar que se causa por un comportamiento antijurídico.	Los entrevistados en su conjunto están de acuerdo que existe un daño patrimonial y extra patrimonial en el despido sin causa justa, debido a que el despido por discriminación, ocasionando secuelas mayores en las madres en estado de gestación, por lo cual puede debe ser resarcido en el extremo que sea posible, así lo reconoce el derecho civil.  Por lo tanto podemos concluir que las víctimas de despido, sufren una serie de efectos y modificaciones en su conducta al haber vivido una experiencia que alude a su dignidad laboral, lo cual ocasiona una conducta de inseguridad que se tiene frente a la permanencia en el puesto de trabajo y su libre desarrollo.

### 3.2. Discusión de resultados

En la presente investigación se encontraron los siguientes resultados:

1. En la presente investigación se llegó al siguiente resultado: El despido de la trabajadora embarazada es un fenómeno social reciente que se origina a causa del avance que se ha tenido tanto declaración universal de los derechos humanos, convenios internacionales, nuestra Constitución Política y nuestra legislación donde se reconoce el derecho a la igualdad, a la no discriminación entre hombres y mujeres, en dichos derechos se reconoce el derecho fundamental al trabajo lo cual fue un avance significativo en el mundo y nuestra la sociedad, (Cueva, 2016) nos menciona que en la actualidad la importancia reviste en la permanencia de la mujer en el empleo, permanencia que no solo viene acompañada del derecho constitucional del trabajo sino que trae consigo temas fundamentales como la gestación y su impacto en el desempeño laboral de la mujer, en contrastación a ello (Molina Muñoz, 2012), realizo una investigación titulada “ El derecho al trabajo de la mujer en estado de gravidez a la luz del artículo 101 y 102 de la Constitución Política de Guatemala” en la Universidad Rafael Landívar para obtener los grados de Abogada y Notaria y grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, afirma que los efectos de la discriminación laboral hacia la mujer que se ha observado son: La negación de una posibilidad de optar una plaza laboral por el hecho de encontrarse en estado de gravidez y el requerimiento de encontrarse soltera para poder optar a una plaza laboral, o bien no tener interés a corto o mediano plazo para formar una familia. El resultado de la presente investigación precisa que la mujer ya se encuentra insertada en el mercado laboral, ahora la tarea que tiene la legislación peruana es asegurar dicha permanencia y estabilidad, para que la mujer no tenga que escoger entre ser trabajadora o ser madre, siendo símbolo ello de injusticia.

2. Respecto a la sub categoría de despido nulo y su requisito de procedibilidad, hace referencia a un despido no valido, y en nuestra legislación se configura cuando se da una de las cinco causales reguladas en el artículo 29º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 contenido en el Decreto Supremo N° 003- 97- TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en el presente trabajo nos enfocaremos en el motivo del literal e) Por motivo de embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto. El presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiera sido notificado documentalmente de dicho estado de embarazo.

Analiza (Rivera R. C., 2014) las reformas legislativas del régimen del despido que han configurado un modelo dual de protección contra el despido, en el cual coexiste dos niveles de protección máxima, el primero, corresponde al despido arbitrario, al cual se otorga una tutela resarcitoria que es la indemnización sin reposición o readmisión al trabajo, el segundo se otorga al trabajador cuyo despido sea calificado como nulo, se le da una tutela restitutoria al centro laboral, este modelo dual ha ido evolucionando como lo puede detallar (Garcia A. J., 2017) en la tesis que realizo sobre “Los despidos con efectos de reposición en la indemnización por daño moral en los juzgados laborales de la corte superior de justicia de Lima- Este 2017” para obtener el título profesional de derecho, nos enfatiza que en el Perú se reconocía los despidos llamados despido arbitrario, despido indirecto y despido nulos, los cuales tienen diferentes consecuencias jurídicas, pero gracias a la sentencia 1124- 2001 del caso Fetratel vs telefónica- TC, el tribunal constitucional se pronunció creando dos figuras del despido, tenemos así el despido incausado y el despido fraudulento, como una variante del despido arbitrario y cuyo fin persigue es la reposición al centro laboral. Como resultado de la investigación tenemos que en nuestro ordenamiento jurídico se tiene tres tipos de despido que



persiguen la tutela restitutoria al centro laboral, con lo cual se concluye que el despido fraudulento e incausado tienen una tutela restitutoria y resarcitoria en el proceso, más en el despido nulo no genera taxativamente dicho beneficio, haciendo injusto la exclusión de la indemnización en la presente figura laboral, además en el requisito de aviso escrito del estado de gestación de la trabajadora no se logra esclarecer en que etapa del embarazo se considera evidente la condición de embarazo y cuando es necesario o no la notificación al empleador, así se finalmente se concluye que es necesario esclarecer y tipifica en la norma laboral los nuevos criterios de interpretación que realiza el tribunal constitucional y corte suprema del Perú.

3. En los medios de defensa de la mujer gestante se tiene en primer lugar a la Constitución Política del Perú, el Código Procesal Civil, el Tuo del Decreto Legislativo 728, el reglamento del TUO de la Ley de fomento de empleo Decreto Legislativo 728, Código civil, los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, como se puede apreciar en la presente investigación la mayoría de constituciones latinoamericanas consagra el derecho del trabajo como deber y derecho que constituye la base del Orden social y económico para todos sus habitantes (Moreno, 2017), hace mención que dichas constituciones otorgan derechos a las mujeres gestantes en la legislación pero que no son cumplidas en la práctica. Así lo contrastar (Castillo, 2012) en su tesis titulada " el incumpliendo de los derechos laborales de la mujer embarazada en la empresa privada", para optar el título de Abogado en la Universidad Nacional de Loja- Ecuador, donde nos dice que históricamente la mujer ha sido relegada en todos sus ámbitos del convivir social y por ende el trabajo, solamente en la últimas décadas el derecho internacional y el derecho constitucional se orientan a garantizar la igualdad de acceso al trabajo para hombres y mujeres, sin embargo en el campo de la práctica aún existen restricciones por causa

de género y para salvaguardar el derecho a un derecho como es el trabajo se pide se pide se renuncie a otro como es la maternidad, mediante la presente investigación en la cual se utilizó la encuesta a 30 profesionales del derecho llegaron al resultado que este fenómeno social persiste en afectar a las madres trabajadoras debido a la falta de Poder coercitivo de los Códigos de trabajo, en cuanto a garantizar los derechos fundamentales de la madre trabajador, ya que si hay una omisión de dichas leyes la sanción es benigna hacia el empleador en la remuneración que pagar a la trabajadora gestante afectada en sus derechos fundamentales. Por ello llego a la conclusión que hay una necesidad de unificar las vías procedimentales del ordenamiento jurídico laboral orientado a optimizar y proteger al trabajador y que la vulneración de sus derechos no queden impunes o demoren largos procesos, para cada pretensión ya que la justicia que tarda no es justicia.

4. Respecto a la subcategoría de indemnización por daño moral, se considera que el daño moral es indemnizable en nuestro ordenamiento jurídico, según (Osterling, 2007) donde define al daño moral como toda lesión conculcación o menoscabo a un derecho subjetivo o interés legítimo de carácter extra patrimonial, sufrido por un sujeto de derecho como resultado de la acción ilícita de otra persona. Para nuestro ordenamiento jurídico el daño moral es indemnizable, y así lo establece el código civil en sus artículos 1321, 1322, 1984 y 1985 en dichos artículos se defiende el daño moral y su indemnización dependiendo la magnitud y el menoscabo producido a la víctima y su familia. Dicha posición es apoyada por (Muñoz, 2010) en su tesis titulada “la indemnización por daño moral en los despidos”, para obtener el grado de Abogada en la universidad Empresarial siglo veintiuno- Argentina, para la presente investigación se plantea la indemnización como una tesis mixta, es decir que cumple una doble función, por un lado se obtiene el carácter resarcitorio para la víctima y por otro de sanción

para el agente del ilícito, teniendo así la indemnización por daño moral una naturaleza resarcitoria y punitiva. Como resultado de la investigación se obtiene que la indemnización por daño moral es aplicable a los despidos inconstitucionales, lo que es necesario es enfatizar y establecer los criterios de cuantificación en los justiciables respecto al daño moral, para que no haya un libre albedrío y se pueda tener un sustento, habiendo así una verdadera garantía del derecho constitucional al trabajo.

**PRIMERA.-**

Se determinó como el despido en la mujer embarazada por su condición vulnera el derecho fundamental al trabajo este tipo de despido se considera inconstitucional debido a que no solo perjudica a la mujer y al naceturus, también condena a la sociedad a perder capital humano necesario para el desarrollo social del país.

Por lo tanto podemos el despido por condición de embarazo vulnera directamente la esencia protectora constitucional de una manera bilateral, en el equilibrio laboral, personal y social del país

**SEGUNDA.-**

Se describió, que la trabajadora en estado de gestación no necesita presentar prueba de su embarazo, cuando este sea evidente, debido a que su derecho está protegido aunque no se haya notificado al empleador el estado de gravidez de manera documentaria, como lo ha hecho saber la jurisprudencia del tribunal constitucional, cuando menciona la protección que da la norma laboral en cuanto nos señala que la trabajadora gestante está protegida durante todo el embarazo y los 90 días pre parto y post parto siendo en este contexto evidente el estado de gravidez. Ello se toma en cuenta por la finalidad de la nulidad del despido que es garantizar la defensa de la Trabajadora gestante y el niño por nacer.

**TERCERA.-**

Se identificó cuáles son los medios para la defensa de la mujer gestante en los cuales encontramos la vía ordinaria laboral, la vía constitucional y la vía civil, con lo que se concluye con la necesidad de ampliar la facultad de la vía ordinaria laboral y constitucional cuando se haya agotado la vía previa, para

que las pretensiones puedan unificarse en el proceso elegido, cumpliendo así su función protectora , ya que si se declara fundado la pretensión de nulidad debe entenderse que la pretensión accesoria será la indemnización, más no separar estas pretensiones e ir a una segunda vía para hacer valer su derecho, así se busca una mayor celeridad y economía procesal.

#### **CUARTA.-**

Se explicó mediante la los antecedentes de la investigación internacional que las legislaciones de Ecuador, Guatemala y Argentina no existe uniformidad respecto a la sana critica, para determinar el criterio en que los jueces deben basarse para delimitar la indemnización por daño moral en los despidos inconstitucionales entre ellos el despido nulo, en el cual se resalta una evolución favorable en Perú, donde la jurisprudencia está dando valor significativo en su estudio y aplicación.

### **3.4.**

## **RECOMENDACIONES**

### **PRIMERA.-**

Se recomienda al Estado cree algún tipo de incentivo fiscal para que se descuente un porcentaje de los impuestos que corresponde pagar a las empresas al tributo, por tener un porcentaje mínimo de mujeres gestantes.

### **SEGUNDA.-**

Se recomienda a Sunafil exigir que las empresas tengan charlas informativas mensuales sobre los derechos laborales que tiene el trabajador, en especial las trabajadoras que son las que al ejercer su derecho a la maternidad, cambia de manera evidente su estado corporal. Se debe difundir toda información que permita un mayor entendimiento y alcance de los derechos que se posee cada trabajador por ser parte del desarrollo del país, desde que su inserción en la vida laboral.

### **TERCERA.-**

Se recomienda al órgano legislativo que realicen una unificación de criterios en las vías procedimentales, el cual ofrezca una adecuada restitución y resarcimiento en los casos de despido nulo por embarazo, protegiendo a la trabajadora gestante en todos sus extremos

### **CUARTA.-**

Se recomienda al órgano legislativo precisar los criterios que utilizaran los jueces respecto al resarcimiento económico factible en el despido nulo, y la aplicación supletoria de la norma civil en casos de daño y perjuicio morales.

### 3.5. FUENTES DE INFORMACION

Alonso, O. M. (1990). *Las fuentes del Derecho en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*. Madrid: Civitas.

Arce, O. E. (2012). "Presupuesto y elementos configuradores de la protección laboral frente al despido lesivo de derechos constitucionales," en *La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales*. Lima: Fondo Editorial.

Asamblea General, R. 2. ( 1948). *Declaracion Universal de Derechos Humanos*. Naciones Unidas.

Aubry: Rau, C. p. (2002). *Diccionario Juridicco Elemental*. Buenos Aires: Heliasta.

Avalos, O. (2012). *El amparo laboral*. Lima: Gaceta Juridica.

Behar, R. D. (2008). *Introduccion a la metodologia de la investigacion*. Mexico: Shalom ISBM.

Bernal, T. C. (2016). *Metodologia de la investigacion: Administracion, economia, humanidades y ciencias sociales*. Bogota: 4ta edicion Pearson.

Blancas, B. C. (2006). *El despido en el Derecho Laboral peruano*. Lima: ARA Editores.

Caballero, B. (2014). *La Jurisdiccion y competencia en los procesos laborales*. Lima.

Carrillo, C. M. (1993). *Los Derechos Laborales en la Constituciones Hispanoamericanas*. Lima: Asociacion laboral .

Castillo, R. P. (2012). *El incumplimiento de los derechos laborales de la mujer embarazada en la empresa privada*. Ecuador: Universidad Nacional de Loja.

Cegarra, S. J. (2013). *Metodologia de la investigacion cientifica y tecnologica*. Bogota: Juridicas.

Congreso de la Republica. (1993). *Constitucion Politica del Peru*. Lima: Fondo del Congreso de la República del Perú.

- Cruzado, C. A. (2015). *La afectación de los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada al extinguir el empleador la relación laboral durante el periodo de prueba*. Peru- Trujillo: Universidad Privada del Norte.
- Cueva, A. L. (2016). *La Estabilidad Laboral Reforzada de la madre trabajadora*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Dominguez Hidalgo Carmen. (abril de 2010). *La indemnización por daño moral. Modernas Tendencias en el*. Recuperado el 2017 de junio de 02, de Indemnización por daño moral:  
<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizaci%C3%B3n%20por%20Da%C3%B1o%20Moral.pdf>
- Eguiguren, P. F. (2012). *Principio de igualdad y derecho a la no discriminación*. Lima: Universidad Católica del Perú.
- García, A. J. (2017). *Los despidos con efectos de reposición en la indemnización por daño moral en los juzgados laborales de la corte superior de justicia de Lima este- 2017*. Lima: Universidad César Vallejos.
- García, M. A. (2012). *Discriminación de la mujer embarazada para ser contratada en centros de trabajo en la ciudad de Quetzaltenango*. Guatemala: Universidad Rafael Landívar.
- Garza, M. (2015). *Despido por embarazo*. Lima: La razón.
- Gómez, A. (2007). *La investigación educativa*. España: McGraw- Hill.
- Gómez, M. C. (2015). *Factores sociales, demográficos, familiares y económicos, relacionados con el embarazo adolescente en el municipio de Carepa, 2013*. Colombia: Universidad CES.
- Grisolia J. (2004). *Derecho del trabajo y de la seguridad social*. Buenos Aires: Depalma.
- Guerrero, F. G. (1998). *Compendio de Derecho Laboral*. Bogotá: LEYER.
- Hernández R., F. C. (2010:80). *Metodología de la investigación*. México: McGraw Hill.
- Hernández, Fernández, S., Baptista, C., & Lucio. (2014). *Metodología de la investigación 5ta edición*. México: McGraw Hill.



- Infantes, C. G. (2012). *Manual de obligaciones del empleador y beneficios del trabajador*. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
- Lafaille, H. (2006). *Curso de Obligaciones*. Buenos aires: A. G. Rezzonico.
- Martinez, I. J. (2017). *Análisis del despido ineficaz, su aplicación en la mujer embarazada y en periodo de lactancia*. Quito - Ecuador: Universidad de los Hemisferios.
- Medina, H. (8 de octubre de 2013). *Restitución Laboral*. Recuperado el 02 de junio de 2017, de <https://prezi.com/zpkvqchzu7ou/restitucion-laboral/>
- Mendez Alvarez, C. E. (2012). *Metodología. Diseño y desarrollo del proceso de investigación con énfasis en ciencias empresariales*. Mexico. D.F: limusa S.A.
- Molina, M. E. (2012). *El derecho al trabajo de la mujer en estado de gravidez a la luz de los artículos 101 y 102 de la constitución Política de Guatemala*. Guatemala: Universidad Rafael Landívar.
- Montoya, M. A. (2016). *derecho al trabajo*. Tecnos.
- Moreno, P. C. (2017). *Los informes periódicos del Perú y el sistema de tratados de derechos humanos de la ONU*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Muñoz, S. G. (2010). *Indemnización por daño moral en los despidos*. Argentina: Universidad Empresarial Siglo Veintiuno
- Orgaz, A. (1990). *El daño resarcible*. Buenos aires: Omeba.
- Osterling, F. y. (2007). *La equidad y función cuantificadora de los daños de imposibleprobanza, a propósito del artículo 1332 del código civil*. Lima: Grijley.
- Palacios Eric. (2002). *La nulidad del negocio jurídico- principios generales y su aplicación práctica*. Lima: Juristas Editores.
- Palomeque, L. M. (2013). *derecho al trabajo*. Madrid: Universitaria Ramón Areces.
- Parkin, M. (2014). *Economía*. 11º Pearson Education.
- Pla, R. A. (1998). *Los principios del derecho al trabajo*. Buenos aires: Palma.

- Price, J., & Murnan, J. (2004). Research Limitations and the Necessity of Reporting Them. *American Journal of Health Education*.
- Pulido, Ballen, B., & Zuñiga, M. y. (2007). *Investigacion cualitativa: una metodologia en marcha sobre el hecho*. (McGraw, Ed.) Bogota.
- Reyes, M. L. (2012). *Derecho laboral*. Mexico: Eduardo Durán Valdivieso.
- Rivera, R. C. (2014). *Analisis del despido nulo y su eficacia reparadora*. Lima: Labora y emprende.
- Rivera, R. C. (2014). *Naturaleza restitutoria de las remuneraciones devengadas de los trabajadores repuestos a través del proceso de amparo y su pago en la misma vía procedimental*. Piura: Universidad de Piura.
- Robalino, B. I. (1993). *Manual de Derecho del Trabajo*. Quito: Fundacion Antonio Quevedo.
- Rosales, J. (2000). *Elementos de microeconomia*. EUNED.
- Sanchez Carlessi, H., & Reyes, C. (2015). *Metodologia y diseño en la investigacion cientifica*. Lima: Universidad Ricardo Palma.
- Santa Cruz, F. F. (23 de Octubre de 2018). *Induccion en la investigacion*. Obtenido de Justificacion de la Investigacion: <http://florfanyasantacruz.blogspot.com/2015/09/justificacion-de-la-investigacion.html>
- Santin, M. (2013: 258). *Investigacion cualitativa en educacion; Fundamentos y Tradiciones*. Madrid: McGraw- Hill.
- Santos, B. J. (2003). *Tratado de las obligaciones*. Lima: Pontificia Universidad Catolica del Peru.
- Schmitt, C. (1992). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial S.A.
- Tamayo, y. T. (2015:47). *El proceso de investigacion*. Mexico: Limusa.
- Torres, V. G. (2015). *La Indemnización frente a la nulidad del despido. Especial referencia a los trabajadores amparados por La Ley 24041*. Piura- Peru: Universidad de Piura.
- Toyama, J. y. (2013). "las demandas de pago de indemnizaciones por daños y perjuicios derivados de un despido". Limma.

- Toyama, M. J. (2014). *El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales: normativa, jurisprudencia y realidad*. Lima: Asociacion Civil Ius et Veritas.
- Tribunal Constitucional del Peru. (octubre de 2006). *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral*. Lima: Palestra Editores S.A.C.
- Ugarte, G. J. (2010). *La Protección contra el despido de la Madre Trabajadora*. Lima: informes laborales.
- Valdeiglesias, P. C. (2018). *PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL RÉGIMEN LABORAL DE LOS DOCENTES*. Lima: Universidad Andina del Cusco.
- Ynga, P. E. (2017). *El criterio de los jueces para determinar la indemnización por daño moral y el Resarcimiento de un trabajador afecto por un despido inconstitucional*. Trujillo-Peru: Universidad Privada del Norte.

# **ANEXOS**

**ANEXO 01: MATRIZ DE CONSISTENCIA**

TEMA	PROBLEMA	OBJETIVO	SUPUESTO	CATEGORIA	METODOLOGÍA
<p><b>DESPIDO DE LA MUJER EMBARAZADA RESPECTO AL DERECHO FUNDAMENTAL DEL TRABAJO EN LIMA METROPOLITANA 2017.</b></p>	<p><b>PROBLEMA GENERAL</b></p>	<p><b>OBJETIVO GENERAL</b></p>	<p>El empleador promotor del despido ilícito en la mujer embarazada Si vulnera el marco del derecho fundamental del trabajo</p>	<p>Despido de la mujer embarazada respecto al derecho fundamental del trabajo</p>	<p><b>TIPO:</b> <b>Básica</b>, mantiene como propósito recoger información de la realidad para enriquecer el conocimiento científico, orientándonos al descubrimiento de principios y leyes. (Sánchez y Reyes. 2006: 40)  <b>NIVEL:</b> Descriptivo, consiste fundamentalmente en describir un fenómeno o una situación mediante el estudio del mismo en una circunstancia témpora-espacial determinada. (Sánchez y Reyes. 2006:45)  <b>METODO:</b> Inductivo, con este método se analizan los casos particulares a partir de los cuales se extraen conclusiones de carácter general.(Valderrama. 2015:97)  <b>DISEÑO:</b> teoría fundamentada  <b>POBLACIÓN:</b> La población son utilizada será abogados especialistas de Lima Metropolitana  <b>MUESTRA:</b> La muestra utilizada será 5 abogados especialistas en derecho laboral y constitucional de la Universidad Alas Peruanas  <b>INSTRUMENTO:</b> La guía de entrevista se define como el interrogatorio que se hace a una persona a fin de tener conocimiento para hacer algo, con la finalidad de hacer alguna labor específica con la información recabada. (Pino. 2007:69). Se utilizó la Guía de entrevista estructurada.</p>
	<p>¿Cómo el despido de la mujer embarazada vulnera el derecho fundamental del trabajo?</p>	<p>Determinar como el despido de la mujer embarazada vulnera el derecho fundamental del trabajo.</p>			
	<p><b>PROBLEMA ESPECIFICO</b></p>	<p><b>OBJETIVOS ESPECIFICOS</b></p>		<p>• Despido Nulo y el requisito de procedibilidad en la trabajadora gestante.</p> <p>• Defensa de la mujer gestante</p> <p>• Indemnización por Daño Moral</p>	
<p>¿Qué prueba se debe presentar para que se declare nulo el despido de la trabajadora gestante?</p> <p>¿Cuáles son los medios para procurar la defensa de la mujer gestante en nuestro ordenamiento jurídico?</p> <p>¿Cuáles son los daños que ocasiona el despido sin causa justa en la trabajadora gestante?</p>	<p>Describir qué prueba se debe presentar para que se declare nulo el despido de la trabajadora gestante.</p> <p>Identificar cuáles son los medios para procurar la defensa de la mujer gestante en nuestro ordenamiento jurídico</p> <p>Explicar cuáles son los daños que ocasiona el despido sin causa justa en la trabajadora gestante</p>				

Anexo: 2 ENTREVISTA



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA  
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

GUIA DE ENTREVISTA

**“DESPIDO DE LA MUJER EMBARAZADA RESPECTO AL DERECHO FUNDAMENTAL DEL TRABAJO EN LIMA METROPOLITANA 2018”**

1. ¿Cómo el despido de la mujer embarazada vulnera el derecho fundamental del trabajo?

---

---

---

2. ¿Qué prueba se debe presentar para que se declare nulo el despido de la trabajadora gestante?

---

---

---

3. ¿Cuáles son los medios para procurar la defensa de la mujer gestante en nuestro ordenamiento jurídico?

---

---

---

4. ¿Cuáles son los daños que ocasiona el despido sin causa justa en la trabajadora gestante?

---

---

---

#### 4. ANTEPROYECTO DE LEY N°

##### **“Año de la lucha contra la corrupción y la impunidad”**

**Sumilla:** Proyecto de Ley que modifica el artículo 29° inciso e) segundo párrafo y 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y competitividad laboral.

#### **I. DATOS DEL AUTOR**

El bachiller en Derecho Daiana Paola Quispe Colchado en ejercicio de sus facultades ciudadanas, que le confiere el artículo 31° de la Constitución Política del Perú y el artículo 75° del reglamento del Congreso de la Republica, propone el siguiente Proyecto de Ley Modificando el artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y competitividad laboral.

#### **II. EXPOSICION DE MOTIVOS**

##### **A. CONSIDERACIONES GENERALES**

El proyecto de ley materia del presente dictamen propone excluir el requisito indispensable para que aplique un despido nulo, la previa notificación documentaria del estado de gravidez de la trabajadora, cuando se pueda presumir por hechos notorios, dando como resultado una vulneración del derecho fundamental del trabajo y el principio Indubio pro operario, que se da cuando en una situación puede darse el caso de existir una duda razonable.

Además de incluir en el cuerpo legal de este tipo de despido no solo la reposición sino también la indemnización por daño y perjuicio.

Así lo ampara la constitución política del Perú que protege el derecho al trabajo en su artículo 23° el cual señala: “El trabajo en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre (...)”

La aprobación de la propuesta permitirá una correcta estabilidad laboral reforzada del derecho al trabajo de la mujer en estado de gravidez.

## **B. PROBLEMÁTICA ACTUAL**

El derecho al trabajo es aquella disciplina jurídica que surgió por la desigualdad económica entre las dos partes de la relación laboral, ha transitado por un proceso de constitucionalización de modo tal que los derechos laborales han sido reconocidos como fundamentales para un estado social y democrático de derecho, brindando tutela a todos los trabajadores. Ahora bien en cuanto al trato especializado de la madre trabajadora se da a raíz de que la mujer se ha encontrado históricamente en una situación de discriminación siendo injustamente amenerado su dignidad.

A partir de la constitución política del Perú de 1993 surgió un cambio favorable para la situación laboral de la mujer y la madre, por lo cual el estado se obliga a impulsar que la mujer se desarrolle plenamente su potencialidad como persona en igual condiciones que el hombre y con respeto a sus derechos fundamentales. Ello implica el derecho al trabajo y la maternidad por lo cual no es admisible ningún tipo de prácticas discriminatorias o que atenten a su derecho sexual y reproductivo.

Ahora bien como señala Villanueva flores, ya no estamos frente a un problema de reconocimiento de derechos, sino en cuanto a su aplicación.

El despido por causa del estado de gestación ha tenido una especial protección en nuestra actual legislación, debido a que es un tipo de discriminación por razón de sexo, vulnerando el derecho a la maternidad y familia de la mujer trabajadora, el problema surge



cuando no existe una interpretación unánime lo cual nos lleva a una inestabilidad en la protección del derecho a la maternidad u oportunidad laboral, la manera de comprobar un despido nulo es una etapa complicada, debido a que las pruebas deben ser documentadas de lo contrario la ley no es aplicable en la defensa de la trabajadora gestante, por lo cual se busca con este anteproyecto unificar los criterios jurisprudenciales de la legislación vigente.

### **III. PROPUESTA DE INCLUSION LEGISLATIVA**

Se propone modificar e incluir el artículo 29 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728 en el extremo que pide la notificación documentada del estado de gravidez de la empleada para que se de por enterado de su condición, además de incluir en el artículo 34<sup>o</sup> de la mencionada ley párrafo tercero que cuando se tenga certeza que el despido configura nulo se incluya la reposición e indemnización por daño y perjuicio, ya que se entiende que al dejar sin empleo a una mujer en estado de gravidez la cual le da una condición prioritaria da consigo daños colaterales que no se prevé en la Ley.

### **IV. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA**

En la situación de aprobarse la modificación propuesta en el artículo 29<sup>o</sup> inciso e) y 34<sup>o</sup> del T.U.O del Decreto Legislativo, contribuirá a unificar la correcta interpretación y protección del derecho al trabajo.

### **V. ANALISIS DEL COSTO BENEFICIO<sup>1</sup>**

La modificación propuesta es de carácter declarativo, en consecuencia no genera un gasto adicional al tesoro público, por lo contrario se busca beneficiar a más 61, 000 mil trabajadoras que ingresaron al mercado laboral en el 2017- 2018 según cifras del INEI en Lima Metropolitana, la población económicamente

---

<sup>1</sup> <https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/informe-tecnico-empleo-mayo-2018-lima-metropolitana.pdf>

activa de Lima Metropolitana aumento en mujeres en las edades de 14 a 45 años que es una edad fértil en 2.6% en comparación al año 2016, siendo el empleo la primera fuente de riqueza del habitante peruano. A continuación se presenta un cuadro con el análisis cuantitativo de los efectos del presente anteproyecto de ley:

Involucrados	Efectos directos	Efectos indirectos
<ul style="list-style-type: none"> <li>○ El departamento de Lima metropolitana</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ Brindar una estabilidad reforzada en el fuero materno</li> <li>○ Unificación de criterios e interpretación de la</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ Reducción del desempleo y pobreza.</li> </ul>

Fuente propia

## **VI. VINCULACION CON EL ACUERDO NACIONAL<sup>2</sup>**

Este anteproyecto se encuentra dentro de lo establecido en el acuerdo nacional en la décima política de estado referida a la **Reducción de la pobreza**, en el cual el estado se compromete a dar prioridad efectiva contra la pobreza y la reducción de la desigualdad social, garantizando la igualdad de oportunidades económicas, combatiendo la discriminación por razón sexo mediante un enfoque de desarrollo humano sustentable, garantizara el ejercicio de los derechos de las personas y el acceso a la administración de justicia de la población.

En consecuencia este anteproyecto de ley favorecerá a la reducción del desempleo por motivos de sexo, teniendo mayor oportunidad de desarrollo económico y generando oportunidades laborales.

## **VII. FORMULA LEGAL**

<sup>2</sup> <https://acuerdonacional.pe/politicas-de-estado-del-acuerdo-nacional/objetivos-del-acuerdo-nacional/>

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA HA DADO LO SIGUIENTE:

Ley que modifica art 29º inciso e) segundo párrafo y 34º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y competitividad laboral.