

EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN ESPECIAL A LA MADRE TRABAJADORA EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

The Constitutional Principle of Special Protection for The Working Mother in the Peruvian Legal
System

Nestor Daniel Loyola Rios¹

RESUMEN

El autor analiza la participación y distribución de los trabajadores y trabajadoras en el mundo laboral para demostrar el grado de vulnerabilidad que padecen las mujeres. Además, señala que esta situación se agudiza cuando son contratadas bajo régimen del Contrato Administrativo de Servicios (en adelante CAS), el cual constituye una modalidad de contratación que precariza el empleo y que muchas veces sirve para encubrir prácticas discriminatorias en perjuicio de las servidoras que deciden ejercer su maternidad. Por ello, sostiene que todas las entidades de la administración pública deben brindar una protección especial a las trabajadoras gestantes, conforme lo reconoce nuestro texto constitucional, a fin de garantizarles la continuidad en el empleo y las correspondientes prestaciones económicas y médicas para el resguardo de su derecho a la salud e integridad, así como el derecho a la vida del hijo por nacer.

PALABRAS CLAVES: Trabajadora gestante, discriminación, protección especial, renovar, prorrogar.

ABSTRACT

The author analyzes the participation and distribution of workers in the workplace to demonstrate the degree of vulnerability suffered by women. In addition, he notes that this situation is exacerbated when they are hired under the regime of the Administrative Contract of Services (CAS), which is a form of hiring that precarizes employment and often serves to cover up discriminatory practices to the detriment of the female employees who decide to exercise their maternity. Therefore, he maintains that all entities of the public administration must provide special protection to pregnant workers, as recognized by our constitutional text, in order to ensure continuity in employment and the corresponding economic and medical benefits for the safeguarding of their right to health and integrity, as well as the right to life of the unborn child.

KEY WORDS: Pregnant worker, discrimination, special protection, renew, extend.

¹ Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo. Título de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Egresado de la Maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado en la Adjuntía en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo. Autor de diversos artículos de investigación jurídica y expositor en diferentes eventos de Derecho. El presente trabajo contiene opiniones realizadas a título personal del autor. Correo electrónico: nestorloyola5@gmail.com

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho del Trabajo, como una rama de la ciencia jurídica, tiene por objetivo primordial proteger a la parte más débil de la relación laboral: el trabajador. Sin embargo, el tratamiento normativo pensado en él requiere de una atención muy particular cuando dicha condición está referida a las mujeres.

Y es que en el Perú y el mundo no existe un trato igualitario entre hombres y mujeres en el campo laboral, situación que propicia la comisión de diferentes actos discriminatorios basados en el sexo. Poniéndose en ese supuesto, nuestra Constitución Política consagra el deber del Estado en brindar una protección especial a la madre que trabaja, el cual importa un mandato constitucional dirigido a tutelar la maternidad en el ámbito laboral, sin importar el régimen laboral al que se encuentra adscrita.

En tal sentido, el presente trabajo desarrollará los alcances del principio constitucional de protección especial, cómo debe operar en uno de los regímenes laborales más vulnerables (como el caso del régimen CAS) y cuál es el tratamiento jurisprudencial y administrativo que actualmente tiene en las instituciones encargadas de defender los derechos constitucionales de los trabajadores y trabajadoras en el país.

II. LA PARTICIPACIÓN DE LA MUJER EN EL MERCADO LABORAL

El mercado de trabajo nos muestra las grandes brechas de desigualdad en el empleo que aún

persisten entre hombres y mujeres. Para apreciar el problema en su real magnitud es necesario revisar la realidad que estas afrontan en otras latitudes, así como en el contexto peruano.

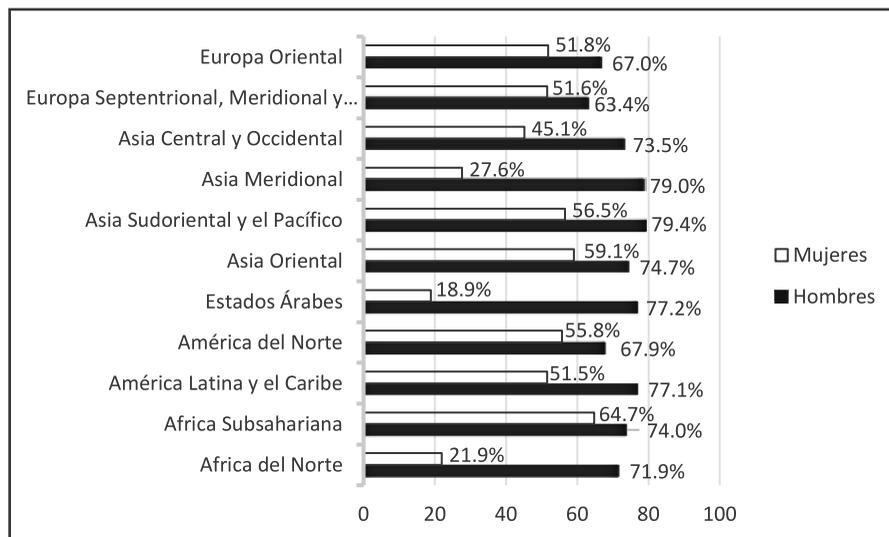
2.1. Una visión panorámica en el mundo:

Una visión general respecto a la distribución del empleo en función del sexo, evidencia las dificultades cuantitativas que tienen las mujeres para acceder al mundo laboral en igualdad de oportunidades que los hombres. Como ha sostenido la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT):

«En 2018, la tasa mundial de participación femenina en el mercado laboral es de 48.5 por ciento, [es decir] 26.5 puntos porcentuales más baja que la de los hombres [75.0%]. Desde 1990, esta brecha se ha reducido en 2 puntos porcentuales, y el grueso de la reducción se produjo en los años anteriores a 2009.» (2018: 6)

Ahora bien, esta diferencia, focalizada en regiones continentales, no resulta del todo distante, pues en América Latina y el Caribe la presencia masculina asciende a un 77.1%, en relación al 51.5% de las mujeres; en América del Norte, se observa una participación laboral del 67.9% de los hombres, frente al 55.8% de las mujeres. Finalmente, en Europa Septentrional, Meridional, Occidental y Oriental tenemos en promedio la presencia del 65.2% de hombres y el 51.7% de mujeres.

Para tener un mayor detalle de las cifras se presenta el siguiente gráfico:



Fuente: Organización Internacional del Trabajo
Elaboración: Propia

El recuadro anterior no comprende algunas variables importantes, tales como la edad en la fuerza de trabajo, la carga familiar, la formalidad o informalidad del empleo, el tipo de actividad económica o las condiciones de seguridad y salud en donde las mujeres se desenvuelven en el mercado. Sin embargo, por sí misma, revela la histórica postergación de ellas en el ámbito laboral y, por consiguiente, la afectación a sus derechos fundamentales.

Si bien esto último puede responder a factores sociales, culturales, políticos, religiosos o económicos, propios de la realidad de cada Estado, queda claro que para la OIT (2016: 6) el quid del problema estriba en el reparto desigual de las labores de cuidado y las tareas domésticas no remuneradas entre mujeres y hombres, y entre las familias y la sociedad.

2.2. Un enfoque situacional del contexto peruano:

De acuerdo con la Autoridad Nacional del Servicio Civil (2018: 4), existe alrededor de 1 millón 440 mil servidores públicos en todo el país, de los cuales el 47% son mujeres y el 53% son hombres. Aunque la diferencia entre ambos

sexos es pequeña en el sector público, ello no se refleja cuando se trata del sector privado, en donde la participación de los hombres (65.2%) prácticamente duplica en proporción a las mujeres (34.8%).

Así, desde el periodo 2004 a 2016, el promedio de participación en el servicio civil mantuvo un porcentaje de 55.8% para los hombres y 44.2% para las mujeres. Empero, en el año 2017, la presencia de la mujer en el sector público presenta algunos datos relevantes: un 10% bajo el Decreto Legislativo 728 (régimen laboral de la actividad privada), un 20% con Contrato Administrativo de Servicios (CAS), un 21% adscrita al Decreto Legislativo 276 (régimen laboral de la actividad pública) y un 49% vinculada a carreras especiales (Autoridad Nacional del Servicio Civil 2018: 9).

Ello demuestra objetivamente que la quinta parte del empleo femenino en el Estado está sujeto a la contratación administrativa de servicios, cuya continuidad del servicio depende exclusivamente de la discrecionalidad del empleador, conforme se verá en el siguiente acápite.

III. EL RÉGIMEN LABORAL ESPECIAL CAS: UNA CONTRATACIÓN PRECARIA QUE AFECTA A LOS MÁS VULNERABLES

El régimen CAS surgió como una respuesta a la contratación pública que se realizaba en el Estado a través de los denominados «Servicios No Personales» (SNP), totalmente desprovistos de cualquier derecho laboral o previsional, a pesar de que en los hechos la persona que prestaba servicios tenía una auténtica relación laboral. Así, en el marco de la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos, el Poder Ejecutivo expidió en el año 2008 el Decreto Legislativo N° 1057 – Decreto Legislativo que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicio – buscando garantizar el ingreso a la administración pública bajo los principios de meritocracia, capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo.

Sin embargo, al poco tiempo de su vigencia los cuestionamientos no se hicieron esperar, pues al convertirse en una contratación de tipo administrativa que marcaba una diferenciación injustificada con los otros regímenes laborales (público y privado) – carente de beneficios sociales, sin derechos colectivos y con una vocación temporal indefinida –, fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad.

Pese a ello, el 07 de setiembre de 2010, el Tribunal Constitucional (en adelante TC) ratificó la constitucionalidad de la norma en los siguientes términos:

«[A] partir de la presente sentencia, el artículo 1° del Decreto Legislativo N.º 1057 debe ser interpretado de modo que toda actividad interpretativa hecha respecto del denominado “contrato administrativo de servicios”, deba entenderse que dicho contrato es propiamente un régimen “especial” de contratación laboral para el sector público, el mismo que como ya se ha expuesto, resulta compatible con el

marco constitucional.» (STC N° 0002-2010-PI/TC, fundamento 47)

Años más tarde, en 2012, el Congreso emite la Ley N° 29849 – Ley que establece la eliminación progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo 1057 y otorga derechos laborales – con la finalidad de reconocerle un mayor número de derechos laborales individuales y colectivos. Entre ellos podemos mencionar:

- Derecho a percibir una remuneración mínima.
- Derecho a una jornada máxima de trabajo.
- Derecho a gozar de un descanso semanal obligatorio.
- Derecho a un tiempo de refrigerio.
- Derecho a percibir aguinaldo por fiestas patrias y navidad.
- Derecho a gozar de vacaciones por 30 días.
- Derecho a gozar de licencias por maternidad, paternidad y otras previstas en los regímenes laborales generales.
- Derecho a gozar de los derechos contenidos en la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.
- Derecho a la libertad sindical.
- Derecho a elegir el régimen de pensiones a dónde afiliarse.
- Derecho a afiliarse a un régimen contributivo de ESSALUD.
- Derecho a recibir un certificado de trabajo.

Respecto a la extinción del contrato CAS, la norma establece diferentes causales, tales como:

- Fallecimiento.
- Extinción de la entidad contratante.
- Renuncia.
- Mutuo disenso.
- Invalidez absoluta permanente sobreviniente.
- Resolución arbitraria o injustificada.
- Inhabilitación administrativa, judicial o política por más de tres meses.
- Vencimiento del plazo del contrato.

El régimen CAS es un sistema de contratación laboral de naturaleza temporal sujeto a un plazo de duración determinada y, por ende, los trabajadores contratados bajo esta modalidad no tienen estabilidad laboral en el empleo. Únicamente su continuidad puede sustentarse en figuras como la prórroga o la renovación del contrato. En el primer supuesto, se suscriben adendas para ampliar el periodo de la contratación dentro del mismo año en el que se celebró el contrato originario; mientras que, en el segundo supuesto, la ampliación del vínculo laboral se extiende al siguiente ejercicio fiscal.

No obstante, la extinción del vínculo laboral por vencimiento del plazo de contratación no obliga al empleador a prorrogar o renovar el contrato de trabajo del servidor, pues dicha decisión recae en la potestad discrecional que le confiere su poder de dirección. Al respecto, Edgardo BALBÍN (2009: 126) precisa que:

«[E]l CAS sigue siendo un contrato en el que la discrecionalidad de la entidad define la duración de los contratos: estos pueden tener la duración que la entidad defina dentro del ejercicio fiscal y la no renovación de los mismos tampoco requiere de la verificación objetiva de las «necesidades de la entidad». Con esto, el régimen del CAS evade el margen del principio de causalidad en la contratación temporal, enunciado por el Tribunal Constitucional como contenido necesario del derecho constitucional al trabajo.»

Inclusive, cuando se produce la conclusión del contrato de manera arbitraria e injustificada, la norma solo garantiza el pago de las remuneraciones mensuales dejadas de percibir hasta el cumplimiento del plazo contractual, con un máximo de 3 meses. Es decir, el término de la relación laboral de manera inmotivada solo genera una indemnización a favor del trabajador, pero no la restitución a su empleo, debido a la temporalidad que caracteriza a este tipo de contratación.

El TC así lo ha entendido al señalar que el proceso de amparo perderá su eficacia restitutoria cuando en la controversia se pretenda la reposición de un trabajador adscrito al régimen CAS:

«[La] eficacia restitutoria no puede predicarse en el proceso de amparo porque ello desnaturalizaría la esencia del contrato administrativo de servicios, ya que éste es un régimen laboral especial y transitorio que tiene por finalidad iniciar el proceso de reforma y reordenamiento del servicio civil. La solución de reposición desnaturalizaría la esencia especial y transitoria del contrato administrativo de servicios, por cuanto los contratos de trabajo en este régimen son a plazo determinado y no a plazo indeterminado. [...]

Consecuentemente, al régimen laboral especial del contrato administrativo de servicios no le resulta aplicable el régimen procesal de eficacia restitutoria (readmisión en el empleo), sino únicamente el régimen procesal de eficacia restitutiva (indemnización).» (STC N° 03818-2009-PA/TC, fundamento 7)

Poco importa aquí las razones que puedan subyacer en la extinción del vínculo (motivo de embarazo, discriminación, desarticular un sindicato, etc.), pues la única protección contra el despido arbitrario es traducida en dinero. Esto ciertamente no se condice con lo previsto por el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en casos de despido injustificado le concede al trabajador – y no al Estado – el derecho de optar por una indemnización, la readmisión en el empleo o cualquier otra prestación regulada en la legislación interna.

Vemos entonces que nos encontramos ante un régimen de contratación sumamente precario, al que le resulta indiferente la posición desventajosa de los trabajadores, aun cuando

estos sean colectivos vulnerables o requieren de una protección reforzada para lograr el disfrute de sus derechos, como son las mujeres que trabajan en su calidad de servidoras públicas y que muchas veces son preteridas mediante actos de discriminación encubiertas. Creemos que este es el punto de partida donde el Derecho Constitucional está llamado a garantizar el ejercicio pleno de sus derechos constitucionales laborales.

IV. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN ESPECIAL A LA MADRE TRABAJADORA: ¿REALIDAD O UTOPIA?

La resolución de los conflictos laborales no se sustenta en la aplicación matemática de las normas jurídicas, por cuanto existe una gama de principios interpretativos que coadyuvan a adoptar un criterio ponderado para reparar la lesión a los derechos fundamentales de los trabajadores.

Para Américo PLA (1978: 9), los principios pueden ser entendidos como:

«[L]íneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos.»

En tal sentido, en las siguientes líneas se desarrollará en qué consiste el principio de especial protección en el ámbito laboral, su marco normativo y cómo se podría aplicar – si acaso es factible – en el régimen CAS.

4.1. El principio de protección especial de la madre trabajadora:

El principio protector es quizá el principio más elemental en esta rama del Derecho, debido a la manifiesta asimetría que existe entre la posición jurídica que ocupa el trabajador frente a su empleador tanto en el ámbito sustantivo como procesal. En efecto, Elmer ARCE (2008: 68)

recuerda que en las relaciones laborales, el principio protector implica la «necesidad de compensar la lógica debilidad del trabajador frente al trabajador, como único instrumento de superación del conflicto»; en tanto Mario PASCO (1994: 153) resalta la aplicación del citado principio en el proceso «dado que las desigualdades, el desequilibrio, la posición preeminente del empleador frente al trabajador propias de la relación de trabajo, se trasladan a la relación jurídico procesal, donde adquieren nuevas manifestaciones».

Sin embargo, este principio alcanza un mayor nivel de tutela cuando el trabajador tiene la condición de madre. En otras palabras, no solo garantiza la protección del trabajador como la parte más débil de una relación laboral, sino que tratándose de la madre que trabaja le otorga una «protección especial», debido al alto grado de vulnerabilidad que adquiere por el hecho biológico de la maternidad.

Nuestra Constitución reconoce a la madre como un sujeto de especial protección en toda esfera de actuación pública y privada:

«**Artículo 4.-** La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. [...]»

Empero, en el ámbito laboral, consagra una disposición específica donde dispone la atención prioritaria del Estado para brindar protección especial a la madre trabajadora:

«**Artículo 23.-** El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. [...]»

La especial protección de los sujetos que señala la Constitución «no se trata de una protección exclusiva, sino preferente, que se justifica a partir de las peculiares características de los grupos mencionados y que requieren, por tanto, de una tutela adicional, entendida en el sentido de

equipararlos con el resto de categorías de trabajadores, más no en perjuicio de aquellas». (BOZA 2004: 78 - 79).

Así, en el caso de la madre trabajadora se le concede especial protección respecto de otros trabajadores, inclusive de otras mujeres que no son madres. Este trato diferenciado obedece a una razón objetiva: la maternidad. Por ello, la tutela constitucional debe extenderse entonces a todos los momentos biológicos derivados de ella: la gestación, el parto y la lactancia. (MEZA 2017: 79).

Algunas normas tuitivas que ponen en relieve el citado principio las encontramos en la licencia pre y post natal, el permiso de lactancia, la nulidad del despido por causa del embarazo, el desplazamiento de las trabajadoras gestantes cuando la actividad pone en riesgo su salud y del concebido, entre otros. En Colombia, por ejemplo, el nivel de protección especial alcanza a las madres cabeza de familia, quienes gozan de una estabilidad reforzada contra el despido arbitrario, porque la afectación de su derecho al trabajo no solo tiene una repercusión personalísima, sino también se extiende a las personas que pertenece a su núcleo familiar dependiente (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-773-05, apartado 5)¹.

No obstante, el principio de protección especial es una disposición constitucional que presenta una textura abierta en el que no se indica cómo debe actuar el Estado (normas, políticas públicas, sentencias, interpretaciones, etc.) para garantizarlo a favor de la madre trabajadora. Ello,

dentro de la teoría de los enunciados jurídicos, se conoce técnicamente como una directriz o norma programática.

Según Manuel ATIENZA y Juan RUÍZ (1996: 10 - 11), este tipo de enunciados se caracterizan por configurar de forma abierta tanto sus condiciones de aplicación como el modelo de conducta prescrito. La disposición no dice en qué condiciones deben los poderes públicos realizar la conducta prescrita, sino la consecución de un objetivo. Cuáles sean las acciones (o los cursos de acción) causalmente idóneas para lograr este objetivo no se encuentra constitucionalmente determinado.

Esta será, desde luego, una tarea que corresponderá llenar a los operadores jurídicos, tomando como norte que, independientemente del régimen laboral, ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

4.2. Marco internacional que regula la protección especial a la madre trabajadora:

El Estado peruano se ha comprometido a otorgar especial protección a la madre trabajadora ante la comunidad internacional a través de la suscripción de diferentes instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Algunos de los cuales se describen seguidamente:

¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-773-05, del 26 de julio de 2005, apartado 5. En este caso la Corte precisó que «la acción de tutela resulta procedente para reclamar el cumplimiento de las medidas de estabilidad reforzada de las madres cabeza de familia, no solo porque se trata de un sujeto especial de protección constitucional, sino porque la posible amenaza de los derechos, se extiende a su núcleo familiar dependiente. Esto significa que eventualmente existe la posibilidad de que se configure un perjuicio de carácter irremediable por el hecho del despido, pues las personas a su cargo quedan totalmente desprotegidas y en un estado de indefensión inminente; lo cual hace procedente solicitar una protección a través de la acción de tutela».

INSTRUMENTO INTERNACIONAL	DISPOSICIÓN JURÍDICA
<p>Declaración Universal de Derechos Humanos</p> <p>Aprobada mediante Resolución Legislativa N° 13282, publicada el 24 de diciembre de 1959</p>	<p>Artículo 25</p> <p>2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. [...]</p>
<p>Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales</p> <p>Aprobado por Decreto Ley N° 22129, vigente desde el 28 de julio de 1978</p>	<p>Artículo 10.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:</p> <p>2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.</p>
<p>Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer</p> <p>Aprobada por Resolución Legislativa N° 23432, vigente desde el 13 de octubre de 1982</p>	<p>Artículo 4</p> <p>1. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación [...]</p> <p>Artículo 11</p> <p>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:</p> <p>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;</p> <p>d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.</p>
<p>Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales</p> <p>Aprobado por Resolución Legislativa N° 26448, vigente desde el 16 de noviembre de 1999</p>	<p>Artículo 15</p> <p>3. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a:</p> <p>a. Conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto.</p>

<p style="text-align: center;">Convenio OIT N° 183, sobre la Protección de la Maternidad</p> <p>Resolución Legislativa N° 30312, publicada el 22 de marzo de 2015</p>	<p>Artículo 8</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ 1. Se prohíbe al empleador que despidiera 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.
--	--

Fuente: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Elaboración: Propia

Lo anterior permite apreciar la existencia de todo un marco normativo internacional orientado a velar por la protección especial de la mujer en el escenario laboral, el cual actúa antes, durante y después del embarazo, debido a que se encuentra proscrito todo acto de discriminación basado en la maternidad.

Esto evidentemente obliga al Estado peruano a otorgar licencias y prestaciones económicas en beneficio de la madre, así como garantizar las acciones y medidas tendientes a materializar su retorno al puesto de trabajo luego de haber gozado de tales derechos, pues los tratados internacionales ratificados por el Perú forman parte del orden interno y se interpretan de conformidad con los derechos y libertades que reconoce nuestra Constitución.

4.3. ¿Cómo debe aplicarse el principio de protección especial a la madre trabajadora en el régimen CAS?

La contratación laboral vía CAS es una de las más recurrentes en la administración pública. Según información oficial de Servir (2017: 5 y 7), desde el año 2009 a 2016, el número de contratos suscritos bajo este régimen especial ha tenido una pendiente positiva alcanzando una cifra de 275,140 servidores civiles y con una participación de mujeres y hombres del 47.7% y 52.3%, respectivamente, en el último año. Sin embargo, como se ha sostenido en un inicio, la precariedad de este tipo de contrato se vislumbra con mayor claridad en el caso de las mujeres trabajadoras, especialmente en aquellas que se encuentran en estado de gravidez, por cuanto su continuidad laboral (prórroga o renovación) se puede ver interrumpida por motivos vinculados a su maternidad, aunque formalmente el empleador sostenga que se trata del vencimiento en el plazo de contratación.

La extinción del vínculo laboral producida como consecuencia de actos discriminatorios basados en el embarazo no hace distinción alguna al

régimen laboral del trabajador. En esa medida, es una problemática que debe encontrar una respuesta desde la Constitución y no únicamente desde los preceptos legales. Es un llamado a concretar la directriz de protección especial a la madre trabajadora para garantizar en la mayor medida posible – y bajo las reglas ínsitas del régimen laboral CAS – su empleo, pero fundamentalmente su derecho a la integridad, a la salud, y el derecho a la vida del hijo que tiene por nacer.

Esta misma idea es compartida en la doctrina cuando resalta la necesidad de que dicha directriz no solo prevea garantías para la madre trabajadora, sino también al concebido:

«[L]a aplicación especial del principio protector a la madre que trabaja tiene como objetivo directo evitar que los hechos biológicos de la gestación y la lactancia sean motivo de desventaja de la mujer-madre en relación al resto de trabajadores en el acceso y permanencia en el trabajo. Sin embargo, indirectamente protege los derechos inespecíficos de la trabajadora como son la vida, la integridad física, el derecho a la maternidad y el derecho del concebido y el recién nacido que se ve expuesto, a través de la madre, a riesgos propios del trabajo que pudieran afectar su vida, su integridad y su salud». (BOZA 2004: 95)

El TC también coincide en la importancia de implementar mecanismos de protección para resguardar los derechos de la madre trabajadora como de su hijo:

«[...] la Constitución no detalla qué nivel de protección debe garantizarse a las madres, pero en todo caso, es claro que el legislador, considerando la existencia de los derechos ya señalados y cumpliendo el deber de especial protección fijado por el constituyente, tiene el deber de prever mecanismos que garanticen a la gestante poder llevar a término el embarazo en condiciones adecuadas; y, a la madre, la

recuperación de su condición física pregestacional y la adecuada atención y protección del recién nacido.» (STC N° 03861-2013-PA/TC, fundamento 18)

Visto de ese modo, consideramos que una de las medidas que permitirá concretizar esta directriz constitucional referida a la protección especial de la madre trabajadora en el marco del contrato CAS debería estar orientada en garantizar que su vínculo laboral no concluya mientras dure el embarazo y goce de sus licencias por maternidad.

Así, una eventual prórroga o renovación contractual en el empleo le asegurará el derecho a percibir ingresos económicos para cubrir la contingencia que se genera por el periodo que dura el estado de gestación y tener la cobertura de salud tanto para ella como del recién nacido. Para ello será suficiente que la servidora informe oportunamente a su empleador sobre su embarazo, salvo que el mismo sea notorio.

Esta misma posición ha sido recogida por la Defensoría del Pueblo (2017: 11) cuando analizó cómo opera la protección especial de la madre trabajadora CAS:

«[A]tendiendo al proceso fisiológico de la gestante y las licencias por maternidad reconocidas a favor de las trabajadoras CAS —que buscan afianzar tanto el vínculo materno-filial como superar el estado natural del puerperio—, el empleador debe disponer las medidas pertinentes para garantizar la prórroga y/o renovación necesaria del contrato de trabajo, como mínimo, durante dicho periodo de tiempo.»

La garantía de tener continuidad en el trabajo cuando la vulnerabilidad proviene de un hecho biológico como el embarazo, contribuye a combatir las prácticas discriminatorias que se producen en el ámbito laboral contra las mujeres que trabajan, pues lamentablemente la maternidad es asociada a un costo laboral que dificulta la productividad en la administración

pública. Asimismo, diluye el amplio margen de discrecionalidad que posee el empleador para concluir incausadamente los contratos laborales en este régimen, aun sabiendo que la plaza o las funciones de la trabajadora son de naturaleza permanente para prestar el servicio público.

Ahora bien, la medida propuesta puede presentar algunos límites para su efectividad, como el caso de una eventual extinción a la entidad pública contratante, la falta de presupuesto para cubrir adecuadamente los derechos laborales y beneficios sociales que genera la plaza, así como la comisión de una falta disciplinara grave que suponga la resolución del vínculo laboral.

Finalmente, es necesario mencionar la Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres (Ley N° 30709), publicada el 27 de diciembre de 2017, estipula una disposición jurídica interesante sobre el tema en ciernes: **«Artículo 6.- Prohibición de despido y no renovación de contrato por motivos vinculados con la condición del embarazo o el período de lactancia**

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

La norma citada grafica una mejora normativa respecto a la protección especial de las trabajadoras gestantes al regular el supuesto de la «no renovación» del contrato temporal como una modalidad de discriminación y ya no solo a la figura del «despido». Esta disposición compatibiliza la maternidad con el empleo, en los términos desarrollados por el Convenio 183 de la OIT.

4.4. La protección especial de la madre trabajadora en la casuística nacional:

La implementación del principio constitucional de protección especial de la madre trabajadora en la administración pública es aún un trabajo de largo aliento. Sobre todo, si subsiste en la cultura del empleado público el apego al principio de legalidad, por encima al de supremacía constitucional. Pero vayamos a revisar cómo resuelven nuestros órganos encargados a defender los derechos constitucionales (laborales) de los trabajadores:

El TC ha sostenido que la comunicación del embarazo al empleador es fundamental para – dependiendo de los hechos del caso – determinar que el cese del empleo vulnera los derechos constitucionales de una trabajadora CAS:

«Respecto al alegato de que la extinción de la relación laboral de la demandante habría tenido por motivo su estado de gestación, cabe recordar que su contratación era a plazo determinado, tal como se ha señalado anteriormente, por lo que, obviamente, mal podría concluirse que el cese laboral de la recurrente se haya debido a una decisión arbitraria que pudiera catalogarse como violatoria de sus derechos constitucionales y menos aún que haya tenido como motivo su estado de gravidez, pues en autos no obra el documento con el cual la actora habría puesto en conocimiento dicho estado al empleador, ya que el certificado médico, de fojas 110, es de fecha 25 de marzo de 2011, es decir, posterior al cese de la actora.» (STC N° 02642-2011-PA/TC, fundamento 8)

Por su parte, el Tribunal del Servicio Civil también ha tenido la oportunidad de conocer este tipo de conflictos, no obstante, consideró que ante la falta de comunicación al empleador y la ausencia de notoriedad del embarazo – pues la trabajadora CAS tenía menos de 2 meses de gestación cuando ocurrió el cese del vínculo laboral –, no era factible determinar los actos de discriminación por razón del sexo:

«28. [C]onsiderando que la impugnante en dicho momento se encontraba con menos de dos (2) meses de embarazo, no siendo evidente su estado de gestación, era imposible que la Entidad tuviera conocimiento de su situación al dar por concluido su contrato.

29. En tal sentido, esta Sala considera que no existen indicios que evidencien un acto de discriminación en contra de la impugnante por su condición de mujer embarazada ni por ser madre con permiso de horario de lactancia, por lo que se debe desestimar dicho argumento.» (Resolución 01546-2016-SERVIR/TSC-Segunda Sala, fundamentos 28 - 29)

La Defensoría del Pueblo ha cumplido un rol protagónico en ese sentido, puesto que en cumplimiento de su mandato constitucional vinculado con la defensa de los derechos constitucionales de las personas ha bregado por concretizar el principio de especial protección de las trabajadoras embarazadas CAS en la administración pública a nivel nacional.

Por ejemplo, en un caso ante la Municipalidad de San Isidro (Lima), la entidad edil reconoció que una servidora CAS encontraba protección frente al despido durante el periodo de su licencia por maternidad:

«[D]e conformidad con la Ley 26644, Ley de Descanso por Maternidad, *"una trabajadora no puede ser despedida durante el periodo de su embarazo o 90 días después del parto"*. Por tanto, el nacimiento del menor se realizó el 17 de marzo de 2017 y el vínculo contractual culminó el 31 de agosto de 2017, esto es, 05 meses 14 días después del nacimiento.» (Oficio N° 341-2017-0900-GRH/MSI, p. 2)

Asimismo, en la Municipalidad Distrital de Pisuquia en la provincia de Luya (Amazonas) se había decidido no renovar el contrato CAS de una servidora embarazada, justificándose en que la medida se debió al vencimiento del plazo de

contratación. Sin embargo, luego que la Defensoría recomendara al alcalde dejar sin efecto dicha decisión en aras de garantizar la directriz de protección especial, se recibió la siguiente comunicación:

«[H]acer de su conocimiento que sobre lo indicado en el documento de referencia se ha tenido en consideración optar por la recomendación hecha por su representada; por lo que se ha tenido a bien renovar el Contrato Administrativo de Servicios N° 002-2016-MDP AMC N° 001-2016-CE mediante adenda N° 02.» (Oficio N° 191-2017-MDP/L-A).

Un hecho similar ocurrió en la Municipalidad Distrital Andrés Avelino Cáceres Dorregaray de la provincia de Huamanga (Ayacucho), en donde se implementó la directriz de protección especial a favor de una servidora gestante con cargo directivo en el régimen CAS:

«[S]e pone en conocimiento a su representada que a partir del día miércoles 09 de mayo del presente, se encuentra preparado el **MEMORANDO N° 0062-2018/MDAACD-GM-URRRHH**, de fecha 09 de mayo del 2018, en el cual se comunica a la interesada la reincorporación a su centro de trabajo para que reciba el cargo con toda formalidad del caso, como jefa de la Unidad de Registro Civil, de la Sub Gerencia de Servicios Públicos.» (Oficio N° 040-2018-MDAACD/GM)

Pero quizá uno de los casos más álgidos fue el que se produjo con la dación de la Ley que declara en situación de emergencia el Consejo Nacional de la Magistratura – Ley N° 30833, ya que su artículo 4 dispuso expresamente que la conclusión de los contratos CAS de los trabajadores extinguía cualquier relación contractual con la entidad, lo cual generó ciertas dudas sobre la posibilidad de celebrar posteriores prórrogas o renovaciones.

Cuando un grupo de trabajadores del CNM solicitó la opinión de la Defensoría del Pueblo

(2018: 6) sobre la interpretación de dicho artículo, la citada institución sostuvo que: i) No existía prohibición alguna para renovar los contratos CAS; y, ii) Se debe tomar en cuenta los trabajadores que gozan de una especial protección, como el caso de las mujeres embarazadas.

Tal opinión sirvió de sustento para propiciar la renovación de los trabajadores CAS del CNM y, especialmente, la reivindicación al ámbito tuitivo de la directriz de protección especial en beneficio de las trabajadoras gestantes:

«Teniendo en cuenta lo expuesto por la Defensoría del Pueblo y la estricta necesidad de mantener los sistemas administrativos del CNM eficientemente, atender los diversos pedidos y solicitudes del Congreso de la República, Contraloría General de la República, Ministerio Público y otras entidades, así como desarrollar las actividades necesarias que permitan a la institución responder rápidamente al ejercicio de sus funciones una vez que éstas se reestablezcan conforme a las reformas constitucionales y legales proyectadas, se mantiene el vínculo contractual con algunos trabajadores con la debida justificación y a partir de las necesidades de cada unidad orgánica.» (CNM 2018: 5)

Los casos propuestos en líneas precedentes muestran la importancia que cobra la indicada directriz en el ámbito laboral, pues bajo una interpretación del régimen laboral especial CAS y los preceptos constitucionales se puede garantizar una adecuada protección a un grupo altamente vulnerable: las madres trabajadoras.

V. CONCLUSIONES

La presencia de la mujer en el mercado laboral es un aspecto positivo que necesita ir acompañado de una serie de medidas orientadas a fortalecer la posición que ocupa dentro de las estructuras trabajo, pues la existencia de regímenes tan precarios como el régimen CAS la

convierten en un grupo sumamente vulnerable y pasible de sufrir constantes actos de discriminación.

Así, conforme dictan las disposiciones de nuestra Constitución Política, corresponde al Estado implementar diversas medidas con el fin de materializar el deber de otorgar una protección especial a la madre que trabaja, en la medida que resulta frecuente apreciar continuas afectaciones a sus derechos laborales por razones de maternidad.

En tal sentido, consideramos que aquella protección especial debe garantizar la continuidad en el empleo a las trabajadoras gestantes contratadas bajo el régimen CAS, habida cuenta que ello les permitirá cubrir las carencias económicas y atenciones médicas que requiere su condición física y, por consiguiente, resguardar su derecho a la salud e integridad y el derecho a la vida del hijo por nacer. Desde luego, se trata de un reto que debe ser alcanzado por las instituciones que conforman la administración pública e involucra a todos los organismos – jurisdiccionales o no – que están encargados de proteger los derechos constitucionales de todos trabajadores y trabajadoras.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

6.1. Libros y revistas

-ARCE ORTÍZ, Elmer (2008). *Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*. Lima: Palestra Editores.

-ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan 1996 *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Editorial Ariel S.A.

-AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (2018) *La mujer en el servicio civil peruano*. Lima: Servir.

2017 *Informe: Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios*. Lima: Servir.

-BALBÍN TORRES, Edgardo (2009) «Análisis Preliminar del Contrato Administrativo de Servicios». *En: Laborem. Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima: SPDTSS, N° 9.

-BOZA PRÓ, Guillermo (2004). «La madre trabajadora como sujeto laboral especialmente protegido en el ordenamiento peruano». *En: Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*. Lima: SPDTSS.

-CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA

(2018). Informe sobre gestión administrativa y representación del Consejo Nacional de la Magistratura. Consulta 27 de octubre de 2018.

<<https://www.cnm.gov.pe/webcnm/archivos/pdf/InformeGA2018.pdf>>

-MEZA FIGUEROA, Mosi (2017). «La protección constitucional de la madre en el ámbito laboral». *En: Mujer y Constitución. Revista Peruana de Derecho Constitucional*. Lima. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.

-ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2018). *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo. Tendencias del empleo femenino 2018. Avance Global*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo 2016 *Las mujeres en el trabajo. Tendencias 2016. Resumen Ejecutivo*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.

-PASCO COSMÓPOLIS, Mario (1994). «El principio protector en el Derecho Procesal del Trabajo». *En: Revista Derecho PUCP*. Lima: PUCP, Núm. 48.

-PLA RODRÍGUEZ, Américo (1978). *Los principios del Derecho del Trabajo*. 2ª edición. Buenos Aires: Depalma.

6.2. Sentencias, resoluciones, memorandum y opiniones

-CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-773-05, del 26 de julio de 2005

-DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Opinión de la Adjuntía en Asuntos Constitucionales sobre la interpretación del artículo 4 de la Ley 30833 que declaró en situación de emergencia el Consejo Nacional de la Magistratura y que suspensión su Ley Orgánica, 2018.

-DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Memorando N° 0036-2017-DP/AAC, del 29 de marzo de 2017, titulado «Consulta sobre protección de las madres trabajadoras bajo el régimen del Contrato Administrativo de Servicios (CAS)».

-MUNICIPALIDAD DE SAN ISIDRO. Oficio N° 341-2017-0900-GRH/MSI, del 13 de octubre de 2017.

-MUNICIPALIDAD DISTRITAL ANDRÉS AVELINO CÁCERES DORREGARAY. Oficio N° 040-2018-MDAACD/GM, del 11 de mayo de 2018.

-MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE PISUQUIA. Oficio N° 191-2017-MDP/L-A, del 06 de julio de 2017.

-TRIBUNAL DEL SERVICIO CIVIL. Resolución N° 01546-2016-SERVIR/TSC-Segunda Sala, del 26 de agosto de 2016.

-TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 03861-2013-PA/TC, del 29 de octubre de 2014.

-TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 02642-2011-PA/TC, del 22 de octubre de 2012.

-TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 03818-2009-PA/TC, del 12 de octubre de 2010.

-TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 0002-2010-PI/TC, del 31 de agosto de 2010.