

LA COMUNICACIÓN DEL EMBARAZO EN EL DESPIDO NULO Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD.

Paul Alva Ricaldi*.

1. Consideraciones Generales; 2. Despido y derechos fundamentales; 3. Protección de la madre trabajadora; 4. Despido nulo; 5. Despido nulo por embarazo de la trabajadora, 5.1 Colombia, 5.2 Argentina, 5.3 España, 5.4 Comunidad Europea; 6. Derecho a la intimidad; 7. Despido nulo por embarazo y derecho a la intimidad; 8. Conclusiones; 9. Bibliografía.

“Uno es dueño de lo que calla
y esclavo de lo que habla”

Sigmund Freud

“Si no te hablo será porque no quiero
volverme esclavo de mis palabras.
Si no te hablo será porque prefiero
ser el dueño de mi silencio”

Dueño de mi silencio

Jarabe de Palo

Sumilla

El texto aborda la relación que existiría entre la obligación que se impone a la mujer de haber comunicado por escrito a su empleador para que proceda el reclamo por nulidad de despido nulo, si éste se produjera, con la regulación del derecho a la intimidad a propósito de una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional español. Para tal efecto se estudia la protección del despido de la mujer trabajadora en el país y en Colombia, Argentina, España y la Comunidad Europea.

1. CONSIDERACIONES GENERALES:

El despido es el acto unilateral mediante el cual el empleador decide la extinción del contrato de trabajo. Si bien en algunos casos se le exige al empleador cumplir determinadas formalidades o recabar el consentimiento de un tercero, lo

* Abogado en ejercicio, egresado de la maestría con Mención en Derecho Civil y Comercial de la Universidad Peruana Los Andes- Huancayo; ex- asesor legal externo de la Municipalidad Distrital de El Tambo- Huancayo.

determinante es la voluntad del empleador, y que es comunicada y recibida por el trabajador¹.

El régimen peruano es uno dual de protección contra el despido en el cual coexisten dos niveles de protección, diferenciados en función de 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 se traduce en el derecho del trabajador a ser indemnizado, sin que proceda su reposición o readmisión². El segundo, se otorga al trabajador cuyo despido sea calificado como nulo, y se traduce en una tutela “restitutoria” que comporta el derecho del trabajador a la reposición en su trabajo.

Por ello, la regulación de la figura del “despido nulo”, no ha venido a representar en nuestro ordenamiento laboral la creación de un ámbito o grado mayor de protección contra el despido al previamente existente. Al contrario, su creación ha venido aparejada de la reducción del ámbito de aplicación de la tutela restitutoria, que ha quedado confinada a esta clase de despidos, segregando de dicho ámbito los despidos desprovistos de justificación o de causa justa.

De este modo, el despido nulo queda configurado como una clase de despido nítidamente diferenciado del despido arbitrario, al que el ordenamiento jurídico-laboral dispensa la máxima tutela, expresada en la figura de la readmisión (reposición) del trabajador en la empresa. La razón de que un ordenamiento que, simultáneamente, opta por la devaluación de los mecanismos de protección contra el despido, reserve, no obstante, la declaración de nulidad y la consiguiente tutela restitutoria a cierta clase de despidos, obedece a la trascendencia que para el ordenamiento tienen los bienes jurídicos que resultan lesionados por la materialización de aquellos³.

En este contexto podría discutirse si el modelo adoptado, por el legislador, para la protección de la trabajadora embarazada teóricamente es una adecuada protección contra el despido, y también si desde la práctica el modelo implementado resulta acorde con lo dispuesto en la Constitución peruana en la consagración de otros derechos fundamentales como es el caso de la intimidad.

¹ Se ha señalado que la Constitución de 1993 estableció una modificación sustancial en el tema de la protección del trabajador frente al despido con respecto a la Constitución de 1979, pasando de un sistema de estabilidad absoluta a una redacción mediante la cual se le deja al arbitrio del legislador el modelo a adoptar, pudiendo ser éste el de la estabilidad absoluta o el de la estabilidad relativa, inclusive para algunos autores el seguro de desempleo. El legislador no podría optar por una desprotección total frente al despido por cuanto estaría incumpliendo con el mandato constitucional.

² Aunque como sabemos, nuestro Tribunal Constitucional se ha encargado de establecer que si se ha vulnerado el contenido esencial del derecho al trabajo corresponderá la reincorporación del trabajador a su centro de labores.

³ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. **El despido en el derecho laboral peruano**. Segunda edición. Ara editores. Lima. 2006, p. 279.

En esta reflexión cumple un papel importante el Poder Judicial, porque éste en la interpretación de la normativa podría concluir que en algunos casos la legislación es violatoria del principio constitucional. Por ejemplo, como ocurre cuando se considera que la exclusión de los trabajadores que laboran menos de cuatro horas diarias de la protección de la estabilidad laboral es inconstitucional, o si la indemnización establecida no es una adecuada protección al despido o como el supuesto que proponemos.

2. DESPIDO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

En la actualidad es cuestión admitida que los derechos constitucionales de que es titular el trabajador como persona despliegan su eficacia no solo en su vida cotidiana, sino que también en el ámbito específico de la relación de trabajo y, más concretamente, operan como límite externo al poder de dirección y la potestad disciplinaria del empleador, es posible, ahora, apreciar las consecuencias que dicha perspectiva supone para el ejercicio de la facultad extintiva de aquel.

Esta, en efecto, materializada en el despido, constituye un campo propicio para la colisión con los derechos constitucionales del trabajador. Ello ocurrirá cuando “la figura del despido se utiliza como vehículo instrumental al servicio de la consecución de una finalidad constitucionalmente ilícita: la lesión de derechos fundamentales del trabajador”. Dicha lesión puede producirse cuando el despido tiene por motivo impedir el ejercicio o disfrute del derecho fundamental del trabajador o ‘sancionarlo’ por haberlo ejercido, así como cuando la actuación del empleador en la realización del despido comporte la afectación de tales derechos⁴.

Señala Pedrajas Moreno que la relevancia de la posición que tienen los derechos fundamentales en el despido se presenta, al menos en tres momentos o circunstancias: a) en la ‘etiología’ del despido, determinando la ilegitimidad de toda causa de despido que “de forma patente o encubierta, vulnere los derechos fundamentales”; b) En la preparación o instrumentación del despido, y la formalización del mismo “limitando las posibles actuaciones o prácticas que el empresario intente realizar en orden a la constatación de las circunstancias fácticas en que pretende fundamentar su decisión, así como las posibilidades de explicitación de tales circunstancias en la formalización misma de tal decisión”; y c) Al constituirse en causa material de la oposición al despido, facilitando al trabajador diversos instrumentos de derecho adjetivo para dicho objeto⁵.

De este modo entendemos que es válido considera que “Existe una nulidad de pleno derecho en el despido nulo fundado en la violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Ineficacia reforzada que es congruente con la relevancia constitucional de tales derechos, porque, en definitiva, el acto de despido que viole un derecho fundamental del trabajador

⁴ BLANCAS BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 289.

⁵ Citado por BLANCAS BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 289.

supone una contravención directa de la norma fundamental que la legislación infraconstitucional no debiera proteger".

3 PROTECCIÓN DE LA MADRE TRABAJADORA:

El legislador constitucional nacional se ha preocupado por proteger la especial situación de la mujer en el ámbito laboral y es que "La legislación protectora del trabajo de la mujer ha ido evolucionando en el sentido de procurarle un mayor amparo legal⁶, hasta alcanzar, se puede decir, una situación de privilegio, frente al hombre, por su condición de mujer"⁷. Esto es lo que se conoce como 'protección especial por maternidad' que como nos explica De Diego consiste en "una serie de mecanismos creados por la ley que tiene por objeto amparar a la mujer, durante el embarazo y a propósito de haber tenido un hijo, frente al empleador"⁸.

El artículo 23 de la Constitución establece que: "El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan (...)".

En ese sentido, el referido artículo se ocupa de la atención prioritaria que "el Estado debe darle al trabajo, razón por la que deberá tener entre sus fines el propiciar las condiciones para generar trabajo y luego brindarle permanente atención, no interesando la modalidad de trabajo por cuanto el Estado debe darle atención prioritaria a todas ellas". Dicha atención del Estado, "le conduce a dictar disposiciones legislativas de diverso rango, estableciendo las pautas según las cuales ha de llevarse a cabo la relación laboral entre trabajador y empleador"⁹. Siendo ello así, el Estado mediante diversos dispositivos trata de brindar protección a tres grupos de trabajadores, a decir, a la madre, al menor de edad y al impedido que trabaja.

⁶ Esto se debe a que se ha verificado que "una de las áreas en la que la discriminación contra la mujer alcanza su mayor nivel es en la materia laboral. Su combate, nos dice, requiere de la puesta en práctica de 'garantías sexuadas' que, entre otras cuestiones, establezcan una prohibición para convocatorias laborales nominativas (solamente para hombres o solamente para mujeres) y sobre todo que se limite la posibilidad de perpetuar roles de género que en el ámbito laboral inciden negativamente en las condiciones de trabajo de las mujeres; en virtud de estos roles es que las mujeres son contratadas más como secretarias o como enfermeras y menos como directivas o responsables médicas".

FERRAJOLI, Luigi y CARBONELL, Miguel. **Igualdad y diferencia de género**. Consejo Nacional para prevenir la Discriminación. D.F.:2005, p 44.

⁷ PÉREZ, Benito. **Derecho del Trabajo**. Astrea. Buenos Aires: 1983, pp. 168-169.

⁸ DE DIEGO, Julián Arturo. **Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**. Quinta edición actualizada. Lexis Nexis – Abeledo Perrot. Buenos Aires: 2002, p. 432.

⁹ MARCENARO FRERS, Ricardo. **El trabajo en la nueva constitución**. Cultural Cuzco S.A. Lima: 1995, p. 58.

Por tal razón, es imprescindible que el artículo 23 de la actual Constitución, se insuffle del contenido de diversos instrumentos internacionales tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁰, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹¹, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer¹², la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹³, y el Convenio N° 183 sobre la Protección de la Maternidad¹⁴, instrumentos que buscan que los Estados aseguren y garanticen que la gestación, el parto y los primeros días de nacido del niño, sean de una adecuada y estrecha convivencia entre madre e hijo.

Así pues, el numeral 2 del artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos expresa que: “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales (...)”. En tanto que, el artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, expresa que: “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidado y ayuda especiales”.

Por su parte, el numeral 2 del artículo 4 del Convenio sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer indica que: “La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria”.

En tal medida, en el numeral 2 de su artículo 11 señala, con mayor especificidad y contenido, que: “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

¹⁰ La Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 13282, promulgada el 15 de diciembre de 1959.

¹¹ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, el 2 de mayo de 1948.

¹² La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 23432 del 4 de junio de 1982.

¹³ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobada por el Perú mediante Decreto Ley N° 22129 del 11 de julio de 1978.

¹⁴ Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm.183) de la OIT no ha sido ratificado por el Perú hasta la fecha. Por otra parte, cabe indicar que el referido Convenio ha sido ratificado, a la fecha, por Albania, Austria, Belarús, Belice, Bulgaria, Cuba, Eslovaquia, Hungría, Italia, Lituania, República de Moldova y Rumania.

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 (...).”

Asimismo, el numeral 2 del artículo 10 de la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer precisa que: “A fin de impedir que se discrimine contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y garantizar su derecho efectivo al trabajo, deberán adoptarse medidas para evitar su despido en caso de matrimonio o maternidad, proporcionarle licencia de maternidad con sueldo pagado y la garantía de volver a su empleo anterior, así como para que se le presten los necesarios servicios sociales, incluidos los destinados al cuidado de los niños”.

En tanto que, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el numeral 2 de su artículo 10 prescribe que: “Se debe conceder especial protección a las madres durante un periodo de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho periodo, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad”.

Finalmente, el Convenio sobre la protección de la maternidad de la OIT, ya indicado, establece en su artículo 8 que: “Se prohíbe al empleador que despidiera a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia (...), o después de haberse reintegrado al trabajo durante un periodo 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 [...]”. Empero, el mencionado convenio no ha sido ratificado por el Perú, pero ello no es impedimento para que dicho instrumento se constituya en una recomendación que vierta de contenido los lineamientos jurídico - políticos de nuestra carta constitucional.

Consiguientemente, el Estado peruano, en virtud del artículo 23 de la Constitución, tiene el deber y la obligación de adoptar las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, prohibiendo, en especial bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia por maternidad, así como la discriminación sobre la base del estado civil y prestar, además, una protección especial a la mujer durante el embarazo (artículo 11 numerales 1 y 2 literales a y d de la Convención sobre la

eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas)¹⁵.

En esa línea, el literal e) del artículo 29 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (la “Ley”), establece que es nulo el despido que tenga por motivo el embarazo. Sin embargo, según la citada prescripción legal para que el despido se configure en nulo debe cumplirse con determinada formalidad, la que será explicada en el desarrollo de las siguientes líneas.

4. DESPIDO NULO:

Despido nulo es aquel en el que la causa o razón determinante del despido es manifiestamente contraria al ordenamiento legal, constituyendo en el fondo una grave violación de los derechos fundamentales de un trabajador¹⁶.

La ‘nulidad’ del despido deriva, en tal caso, de la conexión directa e inmediata entre el acto del despido y la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico, sancionando como absolutamente ineficaz aquel que obedezca al propósito de restringir, impedir o reprimir el ejercicio de los derechos constitucionales del trabajador. Es su naturaleza de acto inconstitucional la que determina su nulidad, pues el principio de supremacía constitucional no consiente que puedan reputarse como legítimas y eficaces

¹⁵ Tal y como se ha indicado en el considerando 15 de la sentencia del Tribunal Constitucional N° 0206-2005—PA/TC que dice que “los despidos originados en la discriminación por razón de sexo raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, tendrán protección a través del amparo, así como los despidos producidos con motivo del embarazo, toda vez que, conforme al artículo 23° de la Constitución, el Estado protege especialmente a la madre. Deber que se traduce en las obligaciones estatales de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, prohibiendo, en especial, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad, así como la discriminación sobre la base del estado civil y prestar protección especial a la mujer durante el embarazo (artículo 11 numerales 1 y 2 literales a y d de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas).

Igualmente, el proceso de amparo será el idóneo frente al despido que se origina en la condición de impedido físico mental, a tenor de los artículos 7° y 23° de la Constitución que les garantiza una protección especial de parte del Estado. En efecto, conforme al artículo 18° del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”, sobre protección de los minusválidos, toda persona afectada por una disminución en sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad”.

¹⁶ MESINAS MONTERO, Federico. “Nulidad de despido. A propósito de la modificación introducida por la ley N° 27185”, en Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica. Lima: 1999, N° 72, p. 77.

aquellas conductas o actuaciones que importan la violación de los derechos que aquella consagra.

No es, consiguiente, la legitimidad o ausencia de ésta en el acto de despido o el ejercicio abusivo que hace el empleador de dicha facultad, la que determina su nulidad (ya que dicho criterio lo que establece es si se trata de un despido arbitrario o no), sino el hecho de que esta potestad sea utilizada para afectar derechos constitucionales de aplicación inmediata, ya sea impidiendo que el trabajador los ejerza o sancionándolo por haberlos ejercido.

Por ello, debe considerarse que la nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales, no es materia sobre la cual el legislador ordinario pueda decidir discrecionalmente¹⁷, siendo, como ha dicho una autora, "nulo" su margen de disponibilidad, pues, agregamos siguiendo su pensamiento, no cabe posibilidad alguna de que la norma infraconstitucional tolere un acto lesivo a la Constitución¹⁸.

La incorporación legislativa del despido nulo, según nos explica Mesinas Montero no data de hace mucho en nuestro sistema jurídico, así se ha indicado que "la acción de nulidad de despido no tuvo antecedentes en nuestra legislación anteriores al decreto legislativo 728, Ley de Fomento al Empleo, norma que introdujo esta figura"¹⁹. Como se sabe dicha norma fue publicada el 12 de noviembre de 1991 y en su artículo 62 disponía que "Es nulo el despido que tenga por motivo: [...] e) El embarazo si el despido se produce dentro de los 90 días anteriores o posteriores al parto"²⁰.

Posteriormente por decreto legislativo N° 855, que se dio pues se consideró que "a la luz de la experiencia de la aplicación de dicho dispositivo [decreto legislativo 728, Ley de Fomento al Empleo] y sus modificaciones, resulta necesario dictar nuevas medidas que fortalezcan los objetivos de dicha Ley", y entre ellas se consideró que la "La Ley de Fomento del Empleo será separada en dos textos normativos, denominados Ley de Formación y Promoción Laboral v Ley de Productividad y Competitividad Laboral. El Ministerio de Trabajo y Promoción

¹⁷ Tal vez en ese entendido que Balta Varillas considera que "En ese sentido, resulta fácil comprobar que lo que se conoce como nulidad del despido no es otra cosa que el despido discriminatorio, ya que éste tiene precisamente por característica esencial el que el empleador utilice una cierta razón expresamente prohibida por la legislación — la raza, el sexo, la religión, etcétera— para despedir a un trabajador".

BALTA VARILLAS, José. "**Discriminación por maternidad en el trabajo y acoso sexual**", en Revista Latinoamericana de Derecho Social. Universidad Nacional Autónoma de México. D.F.: 2007, N° 4, p. 36.

¹⁸ BLANCAS BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 291.

¹⁹ MESINAS MONTERO, *op. cit.*, p. 78.

²⁰ En la exposición de motivos de este decreto legislativo se indicó que las causales de despido nulo "Son semejantes a los denominados "despidos radicalmente nulos" contemplados en el ordenamiento laboral español. Son los actos manifiestamente contrarios al ordenamiento jurídico vigente (despidos de dirigentes sindicales, actos de discriminación por razones de sexo, raza, idioma, opinión)".

Social queda facultado a distribuir y reordenar el articulado vigente, incorporando las modificaciones que introduce el presente dispositivo y modificar las remisiones a la Constitución de 1979, que deberán adecuarse a la Carta vigente, textos que serán aprobados por sendos Decretos Supremos”²¹.

En 1997 se dictó el decreto supremo N° 003-97-TR que precisamente aprueba el texto único ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral [LPCL] dispone los motivos específicos de configuración del despido nulo en su artículo 29 en número de 5, que incluye, *grosso modo*, las causales de despido por afiliación sindical, tener la calidad de representante de los trabajadores, por discriminación de sexo, raza, religión, opción política, etc., despido de la trabajadora por estado de embarazo; agregándose posteriormente, 2 nuevas causales: por ser portador de Sida (según Ley N° 26626) y por discapacidad (Ley N° 27050).

Ahora bien, el despido nulo se caracteriza principalmente por ser el único cuya impugnación puede generar la posterior reposición del trabajador despedido en su puesto de trabajo, y las causales y supuestos en virtud de los cuales procede dicha impugnación son taxativos.

“En la determinación de los motivos de nulidad, se pueden advertir, en los ordenamientos laborales, dos orientaciones diferentes: un sentido amplio, que vincula dichos motivos con la lesión de los derechos fundamentales del trabajador, y un sentido restringido para el cual los motivos de nulidad del despido son únicamente aquellos que la ley enumera”²².

“Tales motivos corresponden *mutatis mutandi* a los que enumera el Art. 5° del Convenio 158 OIT, ‘que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo’. La protección contra ciertos motivos de despido que contiene esta norma internacional se ha considerado ‘un reflejo de la que deparan otros instrumentos de la OIT’ y, en particular los convenios sobre derecho de sindicación y negociación colectiva, discriminación en el empleo y ocupación, representantes de los trabajadores, trabajadores con responsabilidades familiares y protección de la maternidad.

No obstante, la lista de motivos del Conv. 158 OIT no tiene carácter exhaustivo o cerrado, pues a partir de la expresión inicial de su Art. 5° ‘entre los motivos [...] figuran los siguientes’ se ha deducido que “el Estado tiene la facultad, aunque de ningún modo la obligación, de prever otros motivos que no constituyen causa justificada...’.

En cambio, la opción del legislador nacional a favor de una lista *numerus clausus* resulta evidente, si se tiene en cuenta que por vía reglamentaria se

²¹ Disposición transitoria del decreto legislativo N° 855.

²² BLANCAS BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 291.

exige que el trabajador que demande la nulidad del despido invoque expresamente cuando menos²³.

Sobre esta configuración adoptada por el legislador nacional Toyama Miyagusuku nos dice que “Solamente los casos mencionados posibilitan la presentación de una demanda por nulidad de despido. Por consiguiente, están excluidos otros supuestos que puedan suponer una lesión de un derecho constitucional. Desde nuestro punto de vista, no habrían causas razonables por las cuales se prevén supuestos típicos de despido nulo y no se consideren, por ejemplo, otros casos de despidos discriminatorios como la edad, la condición económica, la buena presencia, la estatura, etc.”²⁴.

5. DESPIDO NULO POR EMBARAZO DE LA TRABAJADORA:

La idea básica de este supuesto de nulidad de despido consiste en que no procede el despido que tenga por motivo el embarazo, advirtiéndose que la utilización como factor de diferenciación del embarazo, el parto o sus posibles consecuencias médicas es una manifestación de la discriminación por razón de sexo “desde que estas situaciones sólo pueden afectar a las mujeres”²⁵.

Por ello nos dice Puntriano Rosas que “Es evidente que la protección de la madre trabajadora en tanto se prohíbe su despido cuando se encuentre en estado de gestación, salvo, desde luego, que se presente alguna causa justa de despido, se deriva del mandato genérico de no discriminación por razón de sexo contenido en el artículo 2 inciso 2 de nuestra Constitución, así como de la protección especial a la madre que trabaja contemplada en el inciso 15 del artículo 23 de nuestra Constitución”²⁶.

También se ha indicado que dicha protección no solo tutela a la madre sino a sus hijos. Pero el legislador no ha reparado en que —como se considera en la Unión Europea— la protección a la madre trabajadora también influye contra “el riesgo particularmente grave de incitar a la trabajadora encinta a interrumpir voluntariamente su embarazo”²⁷.

A pesar de la proscripción del embarazo como causa justificada de despido, existe una tendencia normativa a limitar el ámbito temporal de la protección de la mujer embarazada. Así, el Convenio N° 158 de la OIT se refiere a “la

²³ BLANCAS BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 292.

²⁴ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “**El despido nulo en la justicia de la Corte Suprema**”, en *Advocatus*. Universidad de Lima: Lima: 2002, N° 7, p. 199. [194-207]

²⁵ BLANCAS BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 308.

²⁶ PUNTRIANO ROSAS, César. “**Notas sobre el despido fundado en el embarazo de la trabajadora. Comentarios a una reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia**”, en *Diálogo con la jurisprudencia*. Gaceta Jurídica. Lima: 2007, N° 100, p. 232.

²⁷ ALONSO OLEA, Manuel. “**Despido de la mujer embarazada. Versión comunitaria**”, en *Anales*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid: 1995, N° 25, p. 237.

ausencia del trabajo durante la Licencia de maternidad”, recogiendo el criterio establecido por los Convenios OIT N° 6 y 103, relativos a la protección de la maternidad, en los cuales se estipula que dicha licencia deberá tener una duración mínima de 12 semanas.

Con criterio parecido, la LPCL en su texto original, sancionó con la nulidad el despido cuyo motivo fuere el embarazo, a condición de que aquel tuviere lugar dentro de los 90 días anteriores o posteriores al parto. Dicho límite temporal - que abarcaba los tres últimos meses del embarazo y los tres posteriores al alumbramiento- era más amplio que la licencia o descanso pre y post natal, que comprende 45 días anteriores y 45 días posteriores al parto, aun cuando la ley admite que, a decisión de la trabajadora, el descanso prenatal sea diferido, parcial o totalmente, y acumulado al descanso post-natal, acumulación que, ciertamente, no podrá exceder en total de los 90 días a que tiene derecho la trabajadora embarazada.

Sin embargo, la fórmula inicial de la LPCL, resultó restrictiva y potencialmente discriminatoria al dejar al margen del ámbito de protección del despido nulo la mayor parte del período de embarazo, a diferencia de ordenamientos como los de Argentina, Colombia y Guatemala, que prohíben el despido durante la gestación o el período de embarazo, sin establecer límites temporales²⁸.

Superando la noción restrictiva acuñada por la LPCL, se ha efectuado la reforma del inciso e) del Art. 29° de esta ley, estableciendo la nulidad del despido que se produce **“en cualquier momento del período de gestación o dentro de los noventa días posteriores al parto”**.

Así la redacción original prescribía que “Es nulo el despido que tenga por motivo: [...] e) El embarazo si el despido se produce dentro de los noventa días anteriores o posteriores al parto”. Y con el artículo 1 de la Ley N° 27185 —del 19-10-99— se ha modificado el texto de la siguiente forma

“Es nulo el despido que tenga por motivo: [...] 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 previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa”.

Asimismo, **se introduce la presunción legal de que el despido tiene por motivo el embarazo si el empleador no acredita la existencia de una causa justa para despedir.**

²⁸ BLANCAS BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 309.

Para que el motivo pueda ser invocado por la trabajadora, es requisito que el empleador haya sido notificado documentalmente en forma previa al despido. Producida dicha comunicación, surge la presunción legal de que el despido de la trabajadora que tenga lugar hasta los 90 días posteriores al parto está motivado por el embarazo, salvo que el empleador demuestre la existencia de una causa justa.

Parece oportuno destacar que la nueva configuración legal de esta causa de nulidad produce una variación significativa respecto a la regla de la carga de la prueba en el despido nulo, pues al establecer una presunción legal a favor de la trabajadora, se opera la inversión de la carga de la prueba, correspondiendo al empleador probar que el despido obedece a la existencia de una causa justa, lo que exime a la trabajadora de la obligación de probar el motivo de nulidad alegado. De este modo, si el empleador no demuestra que el despido está fundado en una causa justa, será declarado nulo.

Sin duda, al efectuar esta modificación, 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 prueba²⁹.

Revisemos brevemente como se regula este supuesto de despido nulo en algunos países.

5.1 Colombia:

En este país se ha consagrado el derecho de la mujer embarazada a conservar su empleo. En ese sentido nos dice Barrera que “Si bien es cierto que inicialmente la Corte Constitucional mediante fallos de Tutela negó el contenido de Derecho Fundamental a la estabilidad en el empleo de la mujer embarazada, posteriormente la Sala Plena de la misma Corporación cambió y unificó la jurisprudencia en el sentido de afirmar que dicho derecho se sustenta, entre otros fundamentos en el derecho a la igualdad, lo que reitera su carácter de Derecho Fundamental.

Los artículos 43 y 53 de la Constitución Política consagran el derecho a la mujer para no ser discriminada por razón del embarazo y el artículo 13 establece el principio de igualdad sin ninguna discriminación por razones de género. La interpretación de estas normas nos permite concluir que la mujer embarazada no puede ser discriminada por razón de su estado de gravidez, luego tiene una estabilidad laboral o fuero de maternidad para no ser despedida por esta causa (Sentencias T-470 de 1997, T-568 de 1996, T-373 de 1998)”³⁰.

²⁹ BLANCAS BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 310.

³⁰ BARRERA YABRUDY, Rafael. “Aspectos constitucionales, legales y jurisprudenciales relacionados con la protección a la maternidad de la

Este nivel de protección, según explica Barrera Yabrudy, “se inicia con la Ley 53 de Abril 22 de 1938 que estableció que la mujer trabajadora en estado de embarazo tendría derecho, en la época del parto, a una licencia remunerada de ocho (8) semanas, prohibiendo el despido por motivos de embarazo o lactancia, conservando el puesto a la que se ausente por causa de enfermedad proveniente de su estado”³¹.

Este autor nos sigue explicando que “Desde el ángulo de la estabilidad laboral nuestro ordenamiento jurídico protege la maternidad, ya que la trabajadora embarazada no puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los tres (3) meses posteriores al parto, y sin autorización del Inspector de Trabajo o del Alcalde Municipal en los lugares donde no existiere aquel funcionario. Esta autorización sólo podrá otorgarse cuando exista una justa causa para dar por terminado el contrato; para este trámite el funcionario deberá escuchar a la trabajadora y decretar y practicar las pruebas conducentes al esclarecimiento de los hechos.

La trabajadora despedida sin autorización de la autoridad tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con lo establecido en el Código Sustantivo de Trabajo, y, además, al pago de doce (12) semanas de descanso remunerado”³².

A su turno la Corte Suprema colombiana ha establecido que “El despido por motivo de embarazo es ineficaz, independientemente del momento en que suceda. El despido producido dentro del período de embarazo o los 3 meses posteriores al parto se presume ineficaz, incumbe al empleador la carga de la prueba de que el embarazo o la lactancia no fue el motivo del despido. Consecuencias del despido ineficaz y del sujeto a una tarifa indemnizatoria. *M.P. José Roberto Herrera Vergara. Rad. 13812 S.C. 2000-06*”³³.

trabajadora en el sector privado”, en Prolegómenos. Universidad Militar Nueva Granada. Santa Fe de Bogotá: 2000, vol. III, N° 6, p. 82.

³¹ BARRERA YABRUDY, *op. cit.*, p. 84.

³² El autor nos advierte que estos extremos normativos podrían ser considerados contradictorios por lo que a través de “la sentencia de la Corte Constitucional C-470 de Septiembre 25 de 1997, que declaró exequible del Código Sustantivo de Trabajo, modificado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990, en el entendido de que, debido al principio de la igualdad consagrado en el artículo 13 y a la especial protección a la maternidad establecida en los artículos 43 y 53 de la Constitución Política, indicó que carece de todo efecto el despido de la trabajadora en los eventos mencionados, sin la correspondiente autorización del funcionario de trabajo, quien debe verificar si existe o no justa causa probada para el despido”. BARRERA YABRUDY, *op. cit.*, p. 84.

³³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Corte Suprema**. Bogotá: 2000, N° 12, p. 21.

“[...] cuando una trabajadora embarazada, que no incurre en la comisión de ninguna de las faltas contempladas en los aludidos artículos 62 y 63 del CST, es despedida, no obstante la expresa prohibición legal, a juicio de la Sala dicha decisión no puede considerarse válida y, por tanto, la solución no es otra que la de reinstalar a la trabajadora en el cargo que ocupaba”. M.P Luis Gonzalo Toro Correa. Rad.16523. S.C. 2002-02-12”³⁴.

5.2 Argentina:

La Ley de contrato de Trabajo³⁵ en su artículo N° 178 dispone que

“Se presume, salvo prueba en contrario, que el despido de la mujer trabajadora obedece a razones de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de siete y medio (7 y 1/2) meses **anteriores o posteriores** a la fecha del parto, **siempre y cuando la mujer haya cumplido con su obligación de notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo así, en su caso, el del nacimiento**. En tales condiciones, dará lugar al pago de una indemnización igual a la prevista en el artículo 182 de esta ley”³⁶.

Como se observa en Argentina se configura una presunción —*iuris tantum* por cierto— de nulidad si el despido se produce dentro del plazo de 7 y medio meses anteriores o posteriores a la fecha del parto, siempre y cuando la mujer haya cumplido [se entiende con anterioridad, de manera de poner al empleador en conocimiento de su estado] con su obligación de notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo así como, en su caso, el del nacimiento (art. 178, LCT)³⁷.

Sobre este último punto nos dice Vázquez Vialard que “**No obstante la falta de comunicación, la presunción operaría también, si el hecho, por ser**

³⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Corte Suprema**. Bogotá: 2002, N° 15, p. 21.

³⁵ Ley N° 20.744 - Texto Ordenado por Decreto 390/76, dictado en Buenos Aires el 13 de Mayo de 1976 y publicado en el Boletín Oficial el 21 de Mayo de 1976

³⁶ La indemnización a la que se refiere consiste en “En caso de incumplimiento de esta prohibición, el empleador abonará una indemnización equivalente a un año de remuneraciones, que se acumulará a la establecida en el artículo 245”. Esta indemnización, a su vez, se calcula “En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual, percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor”.

³⁷ La acreditación del hecho debe hacerse: a) con presentación de certificado médico en el que conste la fecha presunta del parto, o b) requiriendo su comprobación por el empleador a través del médico que designe (art. 177, párr. 2o, LCT).

Aunque Sardegna nos dice que “La notificación puede probarse por cualquier medio fehaciente, incluso el testimonial”.

SARDEGNA, Miguel Ángel. **Ley de Contrato de Trabajo y sus reformas. Comentada - anotada – concordada**. Séptima edición actualizada y aumentada. Editorial Universidad. Buenos Aires: 1999, p. 524.

público y notorio, debió ser conocido por el empleador. Éste puede probar que la extinción de la relación se debió a una justa causa. En caso contrario, la indemnización debida es la indicada en el párrafo anterior: un año de sueldos, además de la común (arts. 178 y 182, LCT)³⁸.

A nivel jurisprudencial se ha establecido que "Si el empleador", conociendo la reciente maternidad de una mujer, celebra con la misma un contrato de trabajo, no puede presumirse que rompa ese contrato por tal motivo, meses después (CNATr., Sala II, 29/6/77, sent. 44.344).

"Si durante los períodos de tiempo en que las presunciones de los arts. 178 y 181 L.C.T. son directamente operativas, se despide a una trabajadora, atribuyéndosele un comportamiento que no se prueba (haberse negado a prestar servicios para quien era sucesor en la empresa), procede el pago de las indemnizaciones especiales previstas en los arts. 178 y 182 L.C.T. (CNATr., Sala VI, 28/12/78, "D.T.", 1979-188).

Si la rescisión dispuesta por el patrono se produjo antes de los siete meses y medio siguientes al parto, se presume legalmente, si no hay prueba de otros motivos verdaderos atendibles, que el despido obedeció a ese hecho, siendo procedente la indemnización del art. 132 de la L.C.T. (CNATr., Sala V, 28/ 9/79, "D.T.", 1980-117)³⁹.

5.3 España:

El despido de las trabajadoras embarazadas, cuando el despido se produzca desde el inicio del embarazo hasta el comienzo de la suspensión del contrato por maternidad o por riesgo durante el embarazo.

La regla es objetiva: si el despido no se declara procedente habrá que calificarlo de nulo, si producido entre la fecha de inicio del embarazo –lo que no deja de plantear cuestiones en orden a su concreta determinación- y la del comienzo de suspensión del contrato por maternidad; a diferencia de los despidos discriminatorios o atentatorios a derechos fundamentales del trabajador en los que, una vez excluido el móvil discriminatorio, el despido puede ser calificado de procedente o de improcedente⁴⁰.

La calificación de nulo corresponde a la autoridad judicial, quien el deberá hacer de oficio de acuerdo a lo establecido por el artículo 53.4 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (BOE del 29). Ello salvo, claro está, que se declare la

³⁸ VÁZQUEZ VIALARD, Antonio. **Derecho del trabajo y de la seguridad social.** Tomo I. Octava edición ampliada y actualizada. Astrea. Buenos Aires: 1999, p. 438

³⁹ SARDEGNA, *op. cit.*, p. 525.

⁴⁰ ALBIOL MONTESINOS, Ignacio *et al.* **Compendio de derecho del trabajo.** Tomo II. Tirant lo Blanch. Barcelona: 2006, p. 281.c

procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionarlos con el embarazo o con el ejercicio de los derechos a los permisos y excedencias señalados⁴¹.

5. 4 Comunidad Europea:

En la Comunidad Europea a través de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, de fecha de 19 de octubre de 1992, se ha determinado que Artículo 10: Prohibición de despido:

“Como garantía para las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo, se establece lo siguiente:

1) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo.

2) Cuando se despida a una trabajadora, a que se refiere el artículo 2, durante el período contemplado en el punto 1, el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito.

3) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, contra las consecuencias de un despido que sería ilegal en virtud del punto 1”.

6. DERECHO A LA INTIMIDAD:

El Derecho a la intimidad en las Constituciones democráticas de la segunda mitad del siglo pasado, ha sido considerado como un derecho fundamental del ser humano que hunde sus raíces en valores constitucionales como la dignidad humana, el respeto mutuo, el libre desarrollo de la personalidad y en el conjunto de principios y atribuciones que definen a la persona en nuestra sociedad actual y hacen parte de lo que hoy constituye un Estado Social de Derecho.

Esto explica porque recién es incorporado normativamente en el Perú en la Constitución Política del Estado de 1979, y, posteriormente, desarrollado en forma limitada por el Código civil de 1984.

⁴¹ ALBIOL MONTESINOS, *op. cit.*, p. 281.

El derecho a la intimidad “es, entonces, el derecho personalísimo que protege la reserva espiritual de la vida privada del hombre, asegurando el libre desenvolvimiento de ésta en lo personal, en sus expresiones y en sus afectos”⁴². Como se sabe el derecho a la intimidad tiene su origen en “*the right to privacy*”, que se empezó a estudiar con mayor precisión a partir de “un artículo publicado en *Harvard Law Review* el 15 de diciembre del 1890, por Samuel Warren y Louis Brandéis⁴³. En este trabajo se establece que las personas deben tener una real protección a la esfera de su intimidad, dadas las nuevas condiciones de la vida moderna que deja expuesta la privacidad a la inquietud ociosa de los nuevos medios de comunicación, Al mismo tiempo sostuvieron que el *Common Law* efectivamente reconocía un principio general de protección a la privacidad, entendida como control sobre la expresión de los pensamientos, sentimientos y sensaciones -o, según palabras del juez Cooley, a ‘el derecho a ser dejado en paz’ (*right to be let alone*)”⁴⁴.

Contemporáneamente el concepto de la *privacy* ha ido evolucionado, abarcando zonas no previstas anteriormente. Este avance se debe principalmente a la irrupción de los bancos informáticos de datos personales y en general a los avances insospechados de la tecnología y la informática en las últimas tres décadas, apareciendo el concepto de ‘libertad informática’, que conjuga tanto el

⁴² La autora nos advierte que “Se ha señalado la imposibilidad de definir el derecho a la intimidad con palabras exactas y en términos jurídicos: ‘Su significado es demasiado amplio y las situaciones que comprende son tan variadas y diversas que es casi imposible encontrar una definición que abarque todas sus facetas’”.

ZAVALA DE GONZALES, Matilde. **Derecho a la intimidad**. Abeledo-Perrot. Buenos Aires: 1982, p. 87.

Por su parte Morales Godo reconoce que “No ha sido pacífica la doctrina ni la jurisprudencia

cuando se ha tratado de perfilar una definición del derecho a la intimidad, porque se trata de una noción jurídica que va impregnada de la idiosincrasia, de los valores culturales que derivan,

muchos de ellos, de la estructura económico-social de una comunidad”.

MORALES GODO, Juan. **Derecho a la intimidad**. Palestra editores. Lima: 2002, p. 52.

⁴³ Resulta curioso que, según nos explica Pérez Luño, quienes iniciaron los estudios sobre este derecho, los abogados norteamericanos Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis —allá por 1890— lo hicieron porque “Warren, que tras su matrimonio con la hija de senador Bayard, de una prestigiosa familia de Boston, conducía una vida privada dispendiosa y desordenada, deseaba verse libre del asedio de la prensa. Se perseguía, en suma, dejar a salvo a la alta burguesía de las críticas e indiscreciones de la prensa que, por aquel entonces, comenzaba ya a ser en Estados Unidos un poder importante”.

PÉREZ LUÑO, Antonio. **Derechos humanos, estado de derecho y Constitución**. Tecnos. Madrid: 1984, pp. 323-324.

⁴⁴ PEÑA, Carlos. “**El Derecho Civil en su relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos**”, en MEDINA, Cecilia y MERA, Jorge [Editores]. *Sistema jurídico y Derechos Humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en Materia de Derechos Humanos*. Universidad Diego Portales. Serie Publicaciones Especiales N° 6. Santiago de Chile: 1996, p. 560.

aspecto negativo tradicional de la *privacy*, la libertad negativa de exclusión de terceros del ámbito de lo íntimo, con una libertad positiva de control de la información que se contiene en los bancos de datos informáticos. También ha abarcado zonas como el secreto profesional, respecto de médicos, abogados, notarios y sacerdotes, y el secreto comercial y tributario⁴⁵.

En cuanto derecho personalísimo, el derecho a la intimidad⁴⁶ goza de los siguientes caracteres:

Innato. Todos los ordenamientos que hacen su eje del principio de dignidad de la persona y del *hominum causa omne ius constitutum est*, imputa al hombre los derechos de la personalidad desde su nacimiento y, todavía, desde la concepción.

Vitalicio. Por las mismas razones y con el mismo alcance señalado, el derecho a la intimidad acompaña al hombre durante todo el transcurso de su existencia y se extingue con ésta.

Extrapatrimonial. El goce de la intimidad es de naturaleza espiritual y no puede mensurarse económicamente, aunque su lesión puede producir consecuencias patrimoniales

Absoluto. Este carácter atiende al sujeto pasivo, a la oponibilidad del derecho *erga omnes*.

Relativamente indisponible. El derecho a la intimidad no es disponible en sí mismo, es decir, de manera absoluta y radical (por ello es inenajenable, inembargable, imprescriptible, etcétera). En cambio, la voluntad del titular puede tener eficacia en algún supuesto particular, sea privando de ilicitud a la conducta agravante (consentimiento del interesado), sea extinguiendo la acción resarcitoria (renuncia)⁴⁷.

El ámbito de protección que asegura el derecho a la intimidad “alcanza no sólo a lo que es tal gramaticalmente, es decir, lo que intencional y cuidadosamente se mantiene oculto, sino igualmente a toda circunstancia que no está puesta al

⁴⁵ PEÑA, *op. cit.*, p. 585.

⁴⁶ Este derecho recibe en otros sistemas jurídicos las siguientes denominaciones: en Estados Unidos, *right of privacy*, cuya fórmula abreviada se expresa generalmente como *to be let alone*; en Alemania, *das rechts des privaten an der eigenen geheimsphäre* (derecho a la esfera secreta de la personalidad); en Italia; *diritto alla riservatezza* o *diritto alla illesa integritá privata*; en Francia, *droit a la intimité* o *secret a la vie privée*.

⁴⁷ ZAVALA DE GONZALES, *op. cit.*, p. 87.

alcance de cualquiera, por relacionarse con la intimidad de la persona, aunque no revista naturaleza confidencial”⁴⁸.

Por su parte Pérez Luño explica que los estudios contemporáneos sobre del derecho a la intimidad nos dicen que se pone de relieve “la progresiva tendencia de concebir la *privacy* como el poder de ejercer un control sobre las **informaciones que pudieran afectar a cada persona individual o colectiva**”⁴⁹. Lo que en el *common law* se entiende por “*a right to control information about oneself*”.

En esa misma línea de pensamiento Lusky, citado por el ya nombrado Pérez Luño, entiende que “la *privacy*, más que un mero sentido estático de defensa de la vida privada del conocimiento ajeno, tiene una función dinámica de posibilidad de controlar la circulación de informaciones relevantes para cada sujeto”⁵⁰.

Como se puede colegir no se habla de falta de información sobre nosotros por parte de los demás, sino más bien el control que tenemos sobre las informaciones que nos conciernen, con lo que —en buena cuenta— se ha pasado de concebir al derecho a la intimidad como un derecho garantista —estatus negativo— de defensa frente a cualquier invasión indebida de las esfera de la vida privada, a considerarlo, al propio tiempo, como un derecho activo de control —estatus positivo— sobre el flujo de informaciones que afectan a cada sujeto⁵¹.

Ahora bien, en el ámbito laboral se entiende que se trata de un ‘derecho constitucional laboral inespecífico, esto se trata de “la vigencia de de derechos no estrictamente laborales que establecidos en la Constitución pueden ser ejercidos por los trabajadores en el ámbito de las relaciones de trabajo”⁵².

Un ejemplo de estos derechos constitucionales laborales inespecíficos es el derecho a la intimidad, que por ejemplo se ha visto afectado por los empleadores en el caso de la intervención que se realiza en los correos electrónicos de los trabajadores.

⁴⁸ Y es que como nos advierte la autora “El ámbito protegido por el derecho a la intimidad no es el de la soledad total del hombre, el de su aislamiento o incomunicación radical. No es, en sentido absoluto, el derecho a ser dejado solo y en paz (*to be let alone* o *diritto di essere lasciati soli*), o de llevar una vida anónima y al reparo de toda mirada ajena, como si el ser del hombre pudiera desenvolverse en un silencio abismal”.

ZAVALA DE GONZALES, *op. cit.*, pp. 75 y 81.

⁴⁹ PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, p. 329.

⁵⁰ PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, p. 329.

⁵¹ PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, p. 330.

⁵² LIZAMA, Luis. “**Nuevas tecnologías pero antiguos problemas. El respeto de la intimidad de los trabajadores**”, en Revista Jurídica del Perú. Trujillo: 2002, N° 30, p. 137.

Torres Álvarez expone que el conflicto se puede producir “el derecho a la intimidad de un trabajador, y el derecho de fiscalización de su empleador respecto del uso del correo electrónico que le fuese proporcionado. ¿En caso que el trabajador haya empleado el correo electrónico proporcionado por su empleador para el envío o recepción de comunicaciones personales, podría oponerse a que dicho empleador revise dichas comunicaciones personales en el momento en que lleve a cabo una fiscalización?; o, ¿Debería primar el derecho a la intimidad del trabajador sobre el derecho de fiscalización del empleador en este supuesto?”⁵³.

Lizama nos dice al respecto que “la intrusión del empleador en la comunicación de sus trabajadores a través del correo electrónico, se ha sostenido que atendida la protección penal que se otorga en la mayoría de las legislaciones al secreto de las comunicaciones, cualquier forma de interferencia sería constitutiva de un ilícito penal y atentaría contra el derecho a la intimidad del empleado”⁵⁴.

Ahora bien, proponemos que otro supuesto de afectación al derecho a la intimidad en el ámbito laboral podría suscitarse con la obligación que se impone a las trabajadoras de comunicar su embarazo para obtener tutela frente al despido nulo, que es el punto de abordamos en el siguiente apartado.

7. DESPIDO NULO POR EMBARAZO Y DERECHO A LA INTIMIDAD:

Habiendo desarrollado las implicancias de la protección constitucional y legal de la madre trabajadora y explicado cómo se desarrolla el derecho a la intimidad veamos si resulta compatible con este derecho la exigencia contenida en la LPCL de la comunicación previa del estado de embarazo para gozar de la tutela contra del despido nulo.

Conforme se ha explicado precedentemente y como literalmente fluye del artículo 29.e, segundo párrafo, para que proceda la tutela contra el despido nulo, el empleador debe haber “**sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido**”, y si bien la interpretación literal de la disposición legal supondría que únicamente cuando se ha cumplido con la comunicación escrita se accedería a la protección que brinda la ley a la madre trabajadora, esto no es correcto pues la jurisprudencia nacional —tanto a nivel de Corte Suprema como de Tribunal Constitucional— se ha encargado de interpretar esta exigencia en términos más tuitivos para las trabajadoras.

Así observamos que se ha pasado de la exigencia documental de la notificación en el Exp. N°2089-2003-ND:

⁵³ TORRES ÁLVAREZ, Hernán. “**El derecho a la intimidad del trabajador y la facultad de fiscalización del empleador en el uso del correo electrónico**”, en Actualidad Laboral. Lima: 2003, N° 320, p. 48.

⁵⁴ LIZAMA, *op. cit.*, p. 138.

“Es nulo el despido a la trabajadora embarazada producida en cualquier momento del periodo de gestación (o dentro de los noventa días posteriores al parto) cuando es presumible que el despido se deba embarazo en la medida que el empleador no acredita la existencia de una causa justa que lo lleve a realizarla y **más aún cuando este fue notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido**. Si la trabajadora embarazada solicitó en forma escrita a su empleador personal de apoyo para realizar sus labores dado que se encontraba en estado de gestación adjuntando a esto constancia de embarazo normal, se acredita de manera indubitable y fehaciente que la entidad se encontraba plenamente enterada del estado de gravidez en que se encontraba la accionante. Por tanto, de no acreditarse la causa justa del despido, este deviene en nulo”;

Luego, en la casación N° 2213-2006 La Libertad se ha determinado que

“La exigencia de poner en conocimiento del empleador el embarazo antes de que se produzca el despido, lo que en esencia busca es evitar despidos arbitrarios a mujeres gestantes que no traslucen su real situación especial, de allí que requiera en este caso como requisito sine qua non la documentación presentada al empleador, pues de lo contrario no sería posible presumir que el despido efectuado se encontró motivado por razones discriminatorias contra la gestante. **Distinta es la situación cuando el estado de gestación es evidente por el desarrollo del feto, resultando razonable entender que la madre trabajadora se encuentra** igualmente protegida frente a despidos, en atención al artículo 23 de la Constitución Política del Estado; en consecuencia de producirse el despido de una madre en evidente estado de gestación, se debe entender que tal despido se tiene como fundamento la discriminación por embarazo”;

Otra sentencia en casación, la N° 275-2005 Arequipa, sostiene en el mismo sentido que

“Cuando en el último párrafo del inciso e) del artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral dispone como exigencia la notificación documental del embarazo al empleador para oponerla como causal de despido, lo que se busca es evitar despidos arbitrarios a mujeres gestantes que no traducen su real situación especial, **de allí que la exigencia de la notificación cuando se trata de una madre en evidente estado de gestación resulta irrazonable**, pues no cabe duda que su empleador conoce de su estado de gravidez. En consecuencia, la formalidad de la notificación queda de lado cuando se evidencia el embarazo de la madre gestante, pues la mencionada notificación no determina la protección a la que se encuentra sujeta”;

por estas consideraciones Puntriano Rosas concluye que “Una situación anterior que tornaría en inexigible la comunicación **es el hecho que el estado**

de embarazo sea evidente, con lo cual sería absurdo que el empleador alegue que no fue notificado⁵⁵.

Panorama similar se ha producido en Argentina, que como se ha visto líneas arriba, configura la exigencia de la comunicación previa al despido con mayor rigor, pues requiere la entrega al empleador del certificado médico en el que conste el hecho precitado y la fecha presunta del futuro parto pero a pesar de ello los tribunales de ese país han establecido que

“Cuando el empleador conoce el embarazo de la trabajadora no puede alegar no haber sido informado del mismo para desligarse de la responsabilidad indemnizatoria especial contenida en el art. 178 de la Ley de Contrato de Trabajo porque la finalidad de la carga informativa ha sido cumplida por otros medios (CNATr., Sala VI, 11/8/95, "D.T.", 1996-A, 456)⁵⁶.

“Si el empleador estaba en conocimiento del embarazo de la trabajadora, carece de posibilidad alguna para escudarse tras la falta de comunicación instrumental de dicho estado (CNATr., Sala VI, 11/8/95, 'D.T.', 1996-A, 456)⁵⁷.

Estos pronunciamientos jurisdiccionales, nacionales y extranjeros, ponen de manifiesto que —como expone Arce Ortiz, citado por Puntriano Rosas—, “la finalidad de esta garantía [se refiere a la presunción de que el despido en el embarazo es nulo] es impedir que se ejerza algún tipo de discriminación contra las mujeres durante el embarazo, prohibiendo el trato desfavorable de aquellas, y evitando que sufran las consecuencias de carácter material o **moral que la pérdida de su empleo podría suponer, tanto para ellas mismas como para sus hijos**⁵⁸,

No puede derivar otra consecuencia de del mandato genérico de no discriminación por razón de sexo contenido en el artículo 2 inciso 2 de nuestra Constitución, así como de la protección especial a la madre que trabaja contemplada en el inciso 15 del artículo 23 de nuestra Constitución.

En este contexto creemos válido preguntarse respecto de la “razonabilidad de exigir en todos los casos de embarazo que la madre trabajadora gestante

⁵⁵ Debemos precisar que, para que opere la presunción, si bien la ley alude a notificación documental, creemos que, de una lectura de la disposición legal a la luz del principio de razonabilidad, entenderíamos que dicha notificación se refiere a la certeza del embarazo.

Así, siguiendo a la Corte Suprema, será irrazonable exigir notificación documental si el embarazo es evidente o si el empleador evidenció, preferentemente por escrito, que ya conocía del embarazo de la trabajadora.

PUNTRIANO ROSAS, *op. cit.*, p. 233.

⁵⁶ SARDEGNA, *op. cit.*, p. 529.

⁵⁷ SARDEGNA, *op. cit.*, p. 529.

⁵⁸ PUNTRIANO ROSAS, *op. cit.*, p. 232.

notifique documentalmente al empleador a fin de encontrarse protegida con la presunción anotada anteriormente”⁵⁹.

Y es que consideramos que, en el entendido que el derecho a la intimidad consiste básicamente en la potestad de controlar el flujo de informaciones que afectan a cada uno de nosotros, la exigencia de la notificación previa al despido del embarazo de la trabajadora para acceder a la tutela contra el despido nulo no resulta razonable, pues recorta el ámbito de protección del derecho a la intimidad injustificadamente.

Ahora bien, pudiera considerarse que no se produce discriminación indirecta por razón de sexo —en el caso del embarazo— si es que el empleador precisamente desconocía este hecho. No compartimos este criterio pues, actualmente, se entiende que según “sostiene el TC que, sobre la base del derecho a la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras, puede concluirse que la mujer embarazada está protegida contra todo despido por razón de su condición durante el periodo de embarazo”⁶⁰. Y dado que aun cuando la mujer no esté embarazada el empleador para proceder a un despido adecuado debe necesariamente probar la causal que lo legitime, el conocer o no del embarazo no es un dato relevante, puesto que la única diferencia radicaría que si se prueba el embarazo correspondería la reincorporación en el trabajo y no al indemnización —como ocurre en el despido arbitrario—⁶¹.

Cabe apuntar en este punto de la monografía que Blancas reclamaba ya hace unos años que **“no todos los derechos fundamentales son tutelados por la protección contra el despido nulo un ejemplo de ello es el derecho a la intimidad**. Así nos dice ‘De esta forma, derechos tan importantes como aquellos que ALONSO OLEA, engloba bajo el concepto de ‘la versión laboral de los derechos fundamentales’, señaladamente los derechos a la intimidad personal, a la libertad de reunión y la de expresar y difundir libremente las ideas y opiniones quedan fuera del ámbito del despido nulo. No menos importancia revisten, por ejemplo, los derechos políticos a la participación, cuya exteriorización en sentido contrario al parecer del empleador podría originar el despido del trabajador. Y, en general, debe considerarse contrario a la Constitución que no se dispense, en el ámbito laboral, similar protección contra el despido a todos los derechos fundamentales del trabajador, pues conforme al Art. 23° de la misma ninguno de éstos puede ser limitado en la relación de trabajo, **motivo por el cual, la**

⁵⁹ PUNTRIANO ROSAS, César. **“El despido de la trabajadora gestante como forma de discriminación por razón de sexo. A propósito de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional”**, en *Diálogo con la jurisprudencia*. Gaceta Jurídica. Lima: 2008, N° 123, p. 288.

⁶⁰ PUNTRIANO ROSAS, *op. cit.*, p. 288.

⁶¹ Para lograr esto se tiene que modificar el artículo 37 de la LPCL señala que ni el despido ni el motivo alegado se deducen o presumen; quien los acusa debe probarlos. El artículo 52 del Reglamento precisa que la acción de nulidad de despido requiere que cuando menos uno de los motivos a que se refiere el artículo 29 de la LPCL sea expresamente invocado y acreditado por el trabajador como razón del mismo.

afectación de cualquiera de ellos debería merecer igual protección contra el despido, esto es, ser sancionada con la nulidad de dicho acto”⁶².

También en México se estima que **“una forma de discriminación reforzada se da en contra de las mujeres que están embarazadas**, las cuales o bien no son admitidas en un trabajo (todavía es una práctica bastante extendida pedir a una mujer el certificado de no gravidez para poder contratarla) o bien son despedidas por esa causa, **violando con ello** tanto el párrafo tercero del artículo primero constitucional (al hacer discriminaciones por razón de sexo y por afectar un derecho con base en las condiciones de salud de la mujer), como el párrafo primero del artículo cuarto (igualdad entre hombre y mujer) y **el derecho a la intimidad** que está consagrado en varios tratados internacionales firmados y ratificados por México”⁶³.

Finalmente consideramos que el pleno reconocimiento a lo que proponemos se ha producido con la sentencia del Tribunal Constitucional español recaída en la causa N° 92/2008 —publicada en el BOE, suplemento N° 200 del 19 de agosto de 2008, pp. 63 a71— en donde se ha considerado que

“Se exime con ello, además, de la necesidad de demostrar el conocimiento por un tercero de un hecho que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener, legítimamente, fuera del conocimiento de los demás y, en particular, de la empresa, por múltiples razones, incluida la del deseo de preservar un puesto de trabajo que puede entender amenazado como consecuencia del embarazo. **Exonerar de esta prueba del conocimiento del embarazo y, con ella, de toda obligación de declaración previa, sustituyéndola por la prueba en caso de despido de un hecho físico objetivo como es el embarazo en sí, constituye, sin duda, una medida de fortalecimiento de las garantías frente al despido de la trabajadora embarazada, al tiempo que plenamente coherente con el reconocimiento de su derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE)”**.

8. CONCLUSIONES:

El desarrollo realizado nos permite considerar que el fundamento último de la nulidad del despido, radica en la lesión a los derechos constitucionales del trabajador que se materializa por la vía del despido, aún cuando el efecto concreto de la enumeración legal consista en reservar la declaración de nulidad únicamente a la lesión de los derechos constitucionales comprendidos en ella, excluyendo, por tanto, que ésta pueda extenderse, en forma general, a toda

⁶² BLANCAS BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 323.

⁶³ CARBONELL. Miguel. **“La igualdad entre el hombre y la mujer. Apuntes en torno al ensayo de Luigi Ferrajoli”**, en FERRAJOLI, Luigi y CARBONELL. Miguel. Igualdad y diferencia de género. Consejo Nacional para prevenir la Discriminación. D.F.:2005, p 45

violación de los derechos fundamentales que opere efectivamente como motivo real del despido.

La protección contra el despido de la mujer embarazada ha evolucionado en nuestro país, desde su tardía incorporación legislativa, hasta interpretarse la norma respectiva en forma extensiva, llegándose a prescindir de la obligación de comunicación previa al despido del embarazo, si es que éste era evidente, y por lo tanto no se podía esgrimir su desconocimiento. Y es que, en la evaluación de la necesidad de seguir exigiendo la comunicación escrita del embarazo para que proceda la calificación del despido nulo se debe tener en cuenta que “en sociedades como la nuestra se tiene la concepción (equivocada) de que las mujeres pueden ser madres potenciales generan mayores costos laborales, fuera de los múltiples inconvenientes que causa el tener una madre como trabajadora (por ejemplo los permisos de lactancia)”⁶⁴.

Y en la medida en que la configuración actual del derecho a la intimidad, y el reconocimiento de su plena vigencia en las relaciones laborales, supone que el titular del derecho tiene una facultad activa de controlar el flujo de información sobre su persona consideramos que no debe exigirse la comunicación anticipada del despido—para considerarlo como nulo— pues aun cuando el despido no tenga esta calificación el empleador siempre deberá probar la causal que provoca el distracto del contrato laboral, solo que si la trabajadora prueba su estado de gestación no procederá la indemnización sino la reposición.

9. BIBLIOGRAFÍA:

- ALBIOL MONTESINOS, Ignacio et al. **Compendio de derecho del trabajo**. Tomo II. Tirant lo Blanch. Barcelona: 2006.
- ALONSO OLEA, Manuel. “**Despido de la mujer embarazada. Versión comunitaria**”, en Anales. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid: 1995, N° 25, pp. 227—248.
- BALTA VARILLAS, José. “**Discriminación por maternidad en el trabajo y acoso sexual**”, en Revista Latinoamericana de Derecho Social. Universidad Nacional Autónoma de México. D.F.: 2007, N° 4, pp. 29-51.
- BARRERA YABRUDY, Rafael. “**Aspectos constitucionales, legales y jurisprudenciales relacionados con la protección a la maternidad de la trabajadora en el sector privado**”, en Prolegómenos. Universidad Militar Nueva Granada. Santa Fe de Bogotá: 2000, vol. III, N° 6, pp. 82-86.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. **El despido en el derecho laboral peruano**. Segunda edición. Ara editores. Lima. 2006.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Corte Suprema**. Bogotá: 2000, N° 12. p. 21.

⁶⁴ QUISPE CHAVEZ, Gustavo y MESINAS MONTERO, Federico. **El despido en la jurisprudencia judicial y constitucional**. Gaceta Jurídica. Lima: 2009, p. 77.

- Corte Suprema.** Bogotá: 2002, N° 15, p. 21.
- DE DIEGO, Julián Arturo. **Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.** Quinta edición actualizada. Lexis Nexis – Abeledo Perrot. Buenos Aires: 2002.
- FERRAJOLI, Luigi y CARBONELL, Miguel. **Igualdad y diferencia de género.** Consejo Nacional para prevenir la Discriminación. D.F.:2005.
- LIZAMA, Luis. “**Nuevas tecnologías pero antiguos problemas. El respeto de la intimidad de los trabajadores**”, en Revista Jurídica del Perú. Trujillo: 2002, N° 30, pp. 137-143.
- MARCENARO FRERS, Ricardo. **El trabajo en la nueva constitución.** Cultural Cuzco S.A. Lima: 1995.
- MEDINA, Cecilia y MERA, Jorge [Editores]. **Sistema jurídico y Derechos Humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en Materia de Derechos Humanos.** Universidad Diego Portales. Serie Publicaciones Especiales N° 6. Santiago de Chile: 1996.
- MESINAS MONTERO, Federico. “**Nulidad de despido. A propósito de la modificación introducida por la ley N° 27185**”, en Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica. Lima: 1999, N° 72, pp. 76-81.
- MORALES GODO, Juan. **Derecho a la intimidad.** Palestra editores. Lima: 2002.
- PÉREZ, Benito. **Derecho del Trabajo.** Astrea. Buenos Aires: 1983.
- PÉREZ LUÑO, Antonio. **Derechos humanos, estado de derecho y Constitución.** Tecnos. Madrid: 1984, pp. 323-324.
- PUNTRIANO ROSAS, César. “**Notas sobre el despido fundado en el embarazo de la trabajadora. Comentarios a una reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia**”, en Diálogo con la jurisprudencia. Gaceta Jurídica. Lima: 2007, N° 100, pp. 227-234.
- “**El despido de la trabajadora gestante como forma de discriminación por razón de sexo. A propósito de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional**”, en Diálogo con la jurisprudencia. Gaceta Jurídica. Lima: 2008, N° 123, p. 288. [273 - 288]-
- QUISPE CHAVEZ, Gustavo y MESINAS MONTERO, Federico. **El despido en la jurisprudencia judicial y constitucional.** Gaceta Jurídica. Lima: 2009.
- SARDEGNA, Miguel Ángel. **Ley de Contrato de Trabajo y sus reformas. Comentada - anotada – concordada.** Séptima edición actualizada y aumentada. Editorial Universidad. Buenos Aires: 1999.
- TORRES ÁLVAREZ, Hernán. “**El derecho a la intimidad del trabajador y la facultad de fiscalización del empleador en el uso del correo electrónico**”, en Actualidad Laboral. Lima: 2003, N° 320, pp. 47-53.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “**El despido nulo en la justicia de la Corte Suprema**”, en Advocatus. Universidad de Lima: Lima: 2002, N° 7, pp. 194-207.
- VÁZQUEZ VIALARD, Antonio. **Derecho del trabajo y de la seguridad social.** Tomo I. Octava edición ampliada y actualizada. Astrea. Buenos Aires: 1999.

ZAVALA DE GONZALES, Matilde. **Derecho a la intimidad**. Abeledo–Perrot.
Buenos Aires: 1982.