

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO**



**Facultad de Derecho y Ciencia Política**

**Carrera Profesional de Derecho**



**TESIS**

**PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO**

**VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE  
LAS MUJERES TRABAJADORAS GESTANTES  
PERTENECIENTES AL RÉGIMEN SIS DE LAS  
MICROEMPRESAS, AÑO 2018**

**Kennedy Ronald Winfred Alvarado Collantes**

**Asesor:**

**Juan Miguel Llanos Cruzado**

**Cajamarca – Perú**

**Julio – 2019**

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO**



**Facultad de Derecho y Ciencia Política**

**Carrera Profesional de Derecho**



**VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE  
LAS MUJERES TRABAJADORAS GESTANTES  
PERTENECIENTES AL RÉGIMEN SIS DE LAS  
MICROEMPRESAS, AÑO 2018**

**Tesis presentada en cumplimiento parcial de los requisitos para optar el Título Profesional  
de Abogado**

**Bach. Kennedy Ronald Winfred Alvarado Collantes**

**Asesor: Mg. Juan Miguel Llanos Cruzado**

**Cajamarca – Perú**

**Julio – 2019**

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**  
**CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO**

**APROBACIÓN DE TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL**

**VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE  
LAS MUJERES TRABAJADORAS GESTANTES  
PERTENECIENTES AL RÉGIMEN SIS DE LAS  
MICROEMPRESAS, AÑO 2018**

**Presidente:**

**Secretario:**

**Asesor:**

COPYRIGHT 2019 © by

Kennedy Ronald Winfred Alvarado Collantes

Todos los derechos reservados

A:

*Mis padres, familia y amigos por su apoyo constante, motivación y la paciencia necesaria.*

## **AGRADECIMIENTO**

*A mis docentes y asesores por el aguante en la absolución de cada una de las consultas,  
apoyo bibliográfico, se evidencia la calidad de profesionales que son.*

## ÍNDICE

RESUMEN	x
ABSTRACT	xi
CAPÍTULO I	1
INTRODUCCIÓN	1
1.1. El problema de investigación	1
1.1.1. Planteamiento del problema de investigación	1
1.1.2. Formulación del problema	4
1.1.3. Justificación	4
1.2. Objetivos de la investigación	5
1.2.1. Objetivo general	5
1.2.2. Objetivos específicos	5
1.3. Hipótesis de la investigación	6
1.3.1. Operacionalización de variables	6
1.4. Metodología de la investigación	6
1.4.1. Unidad de análisis, universo y muestra	7
1.5. Método dogmático-jurídico	8
1.6. Técnicas de investigación	8
1.6.1. Técnica de observación documental	8
1.7. Aspectos éticos de la investigación	8
CAPÍTULO II	9
MARCO TEÓRICO	9
2.1. Antecedentes de la investigación	9
2.2. Teorías que sustentan la investigación	14
2.2.1. Teoría de los derechos humanos	14
2.2.2. Teoría de la progresividad de los derechos laborales y de la seguridad social	21
2.2.3. Test de proporcionalidad	25
2.2.3.1. Juicio de idoneidad	27
2.2.3.2. Juicio de necesidad	27
2.2.3.3. Juicio de proporcionalidad propiamente dicho o en sentido estricto	28
	vii

2.3.	Recapitulación y crítica de los antecedentes	29
2.4.	Definición de términos básicos	31
2.4.1.	Derecho a la seguridad social	31
2.4.2.	Microempresas	32
2.4.3.	Seguro integral de salud	32
CAPÍTULO III		33
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS MUJERES TRABAJADORAS EMBARAZADAS		33
3.1.	La mujer en el derecho laboral peruano	33
3.1.1.	La mujer en la historia del derecho de trabajo	33
3.1.2.	La protección jurídica de la mujer trabajadora y mujer gestante	37
3.1.3.	El derecho de la seguridad social	41
3.1.4.	El derecho a la seguridad social y el derecho al trabajo	43
3.1.5.	La seguridad social de la mujer gestante	45
3.2.	Subsidio por lactancia	46
3.3.	Subsidio por maternidad	46
3.4.	La mujer en la seguridad social y el derecho laboral comparado	47
3.4.1.	Colombia	47
3.4.2.	España	49
3.4.3.	Chile	51
CAPÍTULO IV		54
COMPARACIÓN DE LOS REGÍMENES SIS Y ESSALUD, EN CUANTO A LA PROTECCIÓN QUE SE OTORGA A LAS MUJERES TRABAJADORAS EMBARAZADAS		54
4.1.	Régimen Seguro Integral de Salud – SIS	54
4.2.	Régimen de Seguro Social de Salud – EsSalud	62
4.3.	Comparación entre ambos regímenes SIS y EsSalud sobre la protección a las mujeres trabajadoras gestantes	69
CAPÍTULO V		71
VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LAS TRABAJADORAS GESTANTES PERTENECIENTES AL RÉGIMEN SIS MICROEMPRESA Y PROPUESTA DE SOLUCIÓN		71
5.1.	Argumentos iniciales	71
5.2.	Aplicación de los principios de progresividad, convencionalidad e igualdad a las madres trabajadoras gestantes sujetas al SIS de la microempresa	88



5.3. El test de proporcionalidad en las madres trabajadoras gestantes sujetas al SIS de la microempresa	90
CAPÍTULO VI	93
PROPUESTA LEGISLATIVA	93
CONCLUSIONES	97
RECOMENDACIONES	98
REFERENCIAS	99

## RESUMEN

El Derecho Laboral es una rama del derecho cuya normativa vela por la defensa del trabajo de los ciudadanos; es decir, la regula desde los regímenes de trabajo hasta los mecanismos de protección del trabajador, como es el caso del despido; así la Constitución Política del Perú ampara fehacientemente los derechos laborales de los trabajadores, siendo la base para el orden económico y social de los habitantes del país. Sin embargo, el caso de las mujeres trabajadoras gestantes que pertenecen al régimen de las microempresas, a quienes le corresponden el SIS, ya que no reciben los mismos derechos que otras mujeres en su condición pertenecientes al régimen de la actividad privada o pública, quienes se afilian al EsSalud. En ese sentido, esta investigación evidencia la vulneración del derecho a la seguridad social de las mujeres trabajadoras gestantes pertenecientes al régimen SIS microempresa al no contar con un subsidio por maternidad, por lo que se va a determinar las razones que sustenta el porqué de dicha vulneración, ello a fin de promover el cumplimiento y mejora progresiva del derecho de seguridad social de la madre trabajadora.

### **Palabras clave:**

Derecho Laboral, Madres gestantes, Seguridad Social, Microempresas.

## **ABSTRACT**

Labor Right is a branch of law whose regulations ensure the defense of the work of citizens; that is, it regulates it from work regimes to worker protection mechanisms, as in the case of dismissal; thus the Political Constitution of Peru reliably protects the labor rights of workers, being the basis for the economic and social order of the inhabitants of the country. However, the case of pregnant working women who belong to the regime of micro-enterprises, to whom the SIS corresponds, since they do not receive the same rights as other women in their condition belonging to the regime of private or public activity, who affiliate to EsSalud. In this sense, this investigation evidences the violation of the labor rights of the pregnant working women belonging to the SIS regime in this aspect and based on it determines the legal reasons to promote the fulfillment of those labor rights.

**Keywords:** Labor Right, Pregnant Mothers, Social Security, Microenterprises.

## **CAPÍTULO I**

### **INTRODUCCIÓN**

#### **1.1. El problema de investigación**

##### **1.1.1. Planteamiento del problema de investigación**

Hoy en día la mujer desempeña un rol muy importante en el contexto social, político, educativo, familiar y laboral, pues con el transcurso de los años ha obtenido el reconocimiento de derechos fundamentales iguales a los del hombre, especialmente en el ámbito laboral, que ha significado un gran avance para la historia de los derechos humanos. De otro lado, diariamente ya no es tan frecuente escuchar a la gente referirse a la mujer como “el sexo débil”; dado que el contexto social y la lucha por el reconocimiento de derechos e igualdad de condiciones, las mujeres no solo han asumido profesiones que hasta hace unos años eran vistas con exclusividad para el sexo masculino, además de atender al esposo y a los hijos, como buenas amas de casas, éstas han buscado tener un papel más preponderante en la sociedad que demanda mujeres que puedan cumplir asimismo con altos cargos profesionales (Hernández Ibarra, 2015,p. 25).

Sin embargo, a pesar de los avances descritos anteriormente, se puede señalar que la desigualdad de oportunidades y reconocimiento de derechos en materia de igualdad de género en el ámbito laboral persiste, a pesar que en la actualidad son más las mujeres que ocupan puestos de trabajo en el sector empresarial.

Los derechos laborales enmarcan una serie de normas y leyes que tienen por finalidad proteger al trabajador, hombre y mujer, sin discriminación por su condición, ello lo ha establecido la Constitución Política del Perú (1993) en su artículo 23° señala: *“El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el*

*cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan”.*

De este modo, la Constitución Política como norma suprema que prevalece sobre las demás normas del ordenamiento jurídico establece la forma en que se debe regir las relaciones laborales y bajo que principios debe ser interpretada, y atribuye de manera específica la obligación que tiene el Estado de proteger a las mujeres trabajadoras gestantes en nuestro país. Asimismo, la mujer en estado de gestación tiene una protección especial consagrada en la legislación laboral, que a su vez está a la par con la normativa internacional vigente, tales como tratados de Derechos Humanos y recomendaciones y/o informes expedidos por la OIT, tal es así que en la Ley de Modernización de la Seguridad Social es donde se ampara el derecho fundamental laboral y social de la mujer embarazada.

Específicamente, en el caso de la Micro y Pequeña Empresa (MYPE), los derechos laborales están prescritos en la Nueva Ley MYPE<sup>1</sup>, que en el marco de las facultades legislativas delegadas por el Congreso mediante Ley N° 29157, en donde se tipifica el aspecto laboral, tales como aspectos de la seguridad social que durante años se han convertido en barreras que impedían la formalización de las MYPES. Si bien es cierto, la nueva ley MYPE no tiene fecha de caducidad como la ley anterior N° 28015 (Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa) y está enfocada a promover la formalización empresarial y laboral del micro y pequeño empresario, sin embargo, dicha formalización resulta altamente beneficiosa para el Estado, por una cuestión tributaria; no lo es tanto para los trabajadores, pues se han encontrado diversas desigualdades en cuanto a la protección laboral de los trabajadores y una de estas desventajas para los trabajadores, se da para las trabajadoras gestantes, ya que se vulneran sus derechos laborales. Si realizamos una comparación entre la antigua ley (ley N° 28015)

---

<sup>1</sup> Esta Ley entró en vigencia el 1 de enero de 2008, en el gobierno de Alan García.

y la nueva Ley de MYPES, se puede advertir la gran diferencia en cuanto al tema de Aseguramiento Social de las microempresas, que anteriormente la ley N° 28015 prescribía que el empleador tenía que cancelar el 9% al seguro social, en tanto que con el nuevo régimen el empleador aporta el 50% que equivale a S/.15 nuevos soles y el Estado aporta el 50% restante. Sin embargo, con la antigua ley el pago del 9% al seguro social permitía a los trabajadores y sus familiares gozar de un Seguro Social de Salud (también conocido como EsSalud), es decir disponían de prestaciones de prevención, promoción, recuperación y subsidios económicos para el cuidado de su salud y bienestar social, y enfermedades profesionales u ocupacionales. En el caso de las mujeres trabajadoras gestantes (según la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud) recibían prestaciones en dinero correspondientes a subsidios por maternidad y lactancia. Es decir, el seguro con el que contaban las mujeres con la antigua ley generaba mayor confianza en las mujeres trabajadoras de las microempresas, ya que gozaban no sólo de una protección de su salud, sino también de una atención de parto y la protección de la salud del nasciturus, aunado a ello las madres se beneficiaban prestaciones económicas como medio de compensación por la pérdida derivada de la incapacidad temporal para el trabajo por maternidad y cuidado del menor, en tanto que el beneficio por lactancia, buscaba contribuir con los gastos para la crianza del neonato.

De allí que, con la entrada en vigencia del nuevo régimen, el Decreto Legislativo N° 1086, el empleador o microempresario cancela el 50% del seguro de sus trabajadores y el Estado paga el otro 50% del seguro correspondiente al SIS Microempresas<sup>2</sup>.

Sin embargo, con este tipo de seguro consideramos que se transgrede los derechos laborales de las mujeres trabajadoras gestantes pertenecientes a este régimen, ya que este

---

<sup>2</sup> Es un seguro exclusivamente para trabajadores de las microempresas que están registradas en el Registro de la Micro y Pequeña Empresa (REMYPE).

tipo de seguro no es completo, en cuanto a los subsidios se refiere, a pesar de tener una amplia cobertura; el denominado SIS Microempresa no cubre las prestaciones económicas, pues sólo cuenta con una, que es el subsidio por sepelio. Esta situación origina descontento y discriminación en las mujeres trabajadoras embarazadas al no recibir una compensación por la pérdida económica derivada de la incapacidad temporal para el trabajo por maternidad, de conformidad con lo señalado en la Ley N° 27056.

Así, describiendo la problemática del cambio del régimen de seguridad social de la microempresa de las madres gestantes, es evidente la vulneración de los derechos laborales y de seguridad social de estas últimas, a tal punto que puede ser considerado como una discriminación negativa ya que se está negando un derecho contemplado en ámbito jurídico del seguro social de nuestro país y con el respaldo de lo dispuesto en el artículo 10° de la Constitución Política, norma que protege de manera integral a los asegurados, especialmente a las mujeres gestantes, esto concuerda con el artículo 4° de la Carta Magna, pues las madres gestantes pertenecen a un grupo vulnerable de la sociedad, y que deben ser objeto de protección en todos los ámbitos, de allí que la presente investigación no solo busca evidenciar la vulneración del derecho antes mencionado, sino también proponer la modificatoria legislativa.

### **1.1.2. Formulación del problema**

¿Por qué se vulneran el derecho a la seguridad social de las mujeres trabajadoras gestantes pertenecientes al régimen SIS microempresa al no contar con un subsidio por maternidad?

### **1.1.3. Justificación**

La importancia de esta investigación, radica en primer lugar por la ausencia de investigaciones que versen sobre la vulneración de los derechos laborales de las mujeres

trabajadoras gestantes pertenecientes al régimen Seguro Integral de Salud (SIS) del distrito de Cajamarca.

Con los resultados que se obtenga en la presente investigación se contribuye a las áreas del Derecho Laboral y Seguridad Social y de manera específica su aplicación en la provincia y región de Cajamarca; sin embargo, lo que hace a este documento interesante es que se concentra el estudio específicamente en el caso de las mujeres trabajadoras gestantes pertenecientes al régimen SIS, resaltando que es un problema que aqueja al sector laboral del país.

Por lo tanto, el interés del tema se dirige a evidenciar la vulneración del derecho de la seguridad social de las mujeres trabajadoras gestantes pertenecientes al régimen SIS para promover su cumplimiento progresivo y mejora, a fin de determinar las razones jurídicas de su transgresión.

## **1.2. Objetivos de la investigación**

### **1.2.1. Objetivo general**

Explicar la vulneración del derecho a la seguridad social de las mujeres trabajadoras gestantes pertenecientes al régimen SIS microempresa al no contar con un subsidio por maternidad.

### **1.2.2. Objetivos específicos**

1. Explicar los derechos fundamentales de seguridad social de las mujeres trabajadoras embarazadas.
2. Comparar los regímenes SIS y EsSalud en cuanto a la protección que se otorga a las mujeres trabajadoras embarazadas.



3. Proponer la inclusión en el régimen EsSalud microempresas de un subsidio por maternidad al prestar sus servicios en periodos de embarazo.

### 1.3. Hipótesis de la investigación

El derecho a la seguridad social de las trabajadoras gestantes pertenecientes al régimen SIS de la micro empresa al no contar con un subsidio por maternidad, se vulnera porque se deja de lado el cumplimiento del derecho a la igualdad y la progresividad de los derechos fundamentales y a la seguridad social.

#### 1.3.1. Operacionalización de variables

Se presenta la Operacionalización en la siguiente tabla.

**Tabla 1**  
**Operacionalización de variables**

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	INSTRUMENTOS
<u>Variable Independiente</u> Las trabajadoras gestantes	Laboral – Seguridad Social (Decreto Legislativo N° 1086 y Ley N° 27056)	- Regímenes Laborales de las Micro y Pequeñas Empresas. - Convenio de la OIT	- Fichas de Observación documental
<u>Variable Dependiente</u> Vulneración del derecho a la seguridad social en el régimen SIS.	Laboral – Seguridad Social (Decreto Legislativo N° 1086 y Ley N° 27056)		

### 1.4. Metodología de la investigación

La tesis se realizó bajo el enfoque cualitativo, porque evalúa el desarrollo natural de los sucesos, este enfoque realiza la recolección de datos para descubrir o afinar

preguntas de investigación en el proceso de interpretación (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2010, p. 7). En la medida que el enfoque cualitativo se verá reflejado en el análisis dogmático laboral de la norma que regula el régimen de la micro empresa y su relación con la protección de los derechos laborales de las madres gestantes.

Es básica o de *lege data* porque busca interpretar y proponer soluciones dentro de un ordenamiento jurídico sin modificarlo (Sánchez Zorrilla, 2017); es decir, que se determinó las razones para explicar la vulneración del derecho a la seguridad social de las madres gestantes, esto es, lograr una implementación, que el legislador deberá tomar en cuenta luego de realizada la investigación.

Es no experimental, pues no existe manipulación de variables, restringiéndose ésta al tratamiento de fenómenos que se han producido ya en la realidad y sobre los cuales no se pueden incidir de otra forma que no sea a lo mucho, mediante la descripción, análisis y explicación (Hernández Sampieri et al. 2010, p. 148).

Es transversal pues se analizará un único momento, que es el año 2018.

#### **1.4.1. Unidad de análisis, universo y muestra**

La unidad de análisis está circunscrita al marco doctrinario y normativo laboral y de la seguridad social que regula el régimen de la microempresa SIS.

Debido al tipo de investigación que realizaremos, no es posible señalar un universo y una muestra, ya que el diseño de investigación muestra no es aplicable a la presente investigación, debido, básicamente, a que las connotaciones de la misma apuntan más bien a aspectos teórico-formales del Derecho, antes que a una investigación de naturaleza empírico jurídica, tal y como se corrobora en el detalle hecho al hablar del tipo de investigación. En ese sentido es necesario tener presente que el objeto de una investigación formalista-dogmática, como es la presente, apunta al análisis de las

limitaciones, las lagunas o el sentido de las instituciones jurídicas a la luz de sus elementos formales normativos (Witker, 1995, p. 65).

### **1.5. Método dogmático-jurídico**

El método dogmático, al tratar con conceptos e instituciones propias del derecho, además de permitirnos el estudio del derecho comparado (Ramos Nuñez, 2005, p. 103). Va a permitir analizar interpretar la doctrina y jurisprudencias afines a nuestra investigación. De este modo se podrá discutir y fundamentar la vulneración de los derechos fundamentales.

### **1.6. Técnicas de investigación**

#### **1.6.1. Técnica de observación documental**

Se ha hecho uso de la técnica de observación documental, porque la investigación será a partir del análisis de las fuentes documentales. Mediante esta técnica se iniciará la búsqueda y observación de los hechos presentes en los materiales escritos consultados que son de interés para la investigación.

### **1.7. Aspectos éticos de la investigación**

En la investigación se respetarán las posiciones de los doctrinarios y juristas respecto al tema planteado, así como se mantendrá la confidencialidad de las personas que se entrevisten. Asimismo, el autor de la tesis garantiza la originalidad del presente estudio.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1. Antecedentes de la investigación

El estudio de los derechos laborales ha sido ampliamente tratado a nivel nacional e internacional, no obstante, lo que es de nuestro especial interés es el derecho laboral y de seguridad social de la trabajadora gestante; así, he realizado una búsqueda de los principales repositorios de tesis de las universidades más destacadas de nuestro país y a nivel internacional, donde he encontrado los siguientes trabajos de investigación.

A nivel internacional se ha ubicado trabajos referentes al tema de estudio, entre los cuales tenemos en primer lugar a Cabezas Ortega en su estudio denominado *“Derechos laborales de la mujer embarazada en la Legislación Ecuatoriana, primer semestre 2016”* donde se planteó como objetivo presentar dos tentativas propuestas para mejorar la aplicación de las normas socio laborales de la mujer embarazada en dicho país. Se concluye que el principal problema para la aplicación y el ejercicio de los derechos laborales es el desconocimiento de las facultades de la mujer embarazada, a pesar de que los derechos laborales de la mujer han evolucionado favorablemente, aunque queda regazos por parte de los empleadores, quienes se valen de mañas legales para despedir a la mujer embarazada, por cuanto la consideran como una trabajadora improductiva, esta forma de despido, puede estar disfrazado de actos constantes de hostigamiento laboral a efectos de que la gestante renuncie o cometa alguna equivocación con capacidad suficiente para ser objeto de despido. Sin duda este tipo de conductas por parte del empleador atentan contra la dignidad de la mujer, pues no se valora el deseo que tiene que gestante de suspender temporalmente la realización de actividades para cuidar a su pequeño, por lo que estas constantes preocupaciones la afectan psicológicamente y el

resultado, no es nada más y nada menos que la renuncia o abandono de cargo por parte de esta. Sin embargo, destaca que existen sectores empresariales que, si cumplen con la normativa laboral en lo que corresponde a prevenir a los riesgos de trabajo, pero en lo que corresponde a las pequeñas y medianas empresas no existen programas de prevención de riesgos del trabajo en la mujer embarazada (Cabezas Ortega, 2017, p. 210).

En tanto, en una investigación chilena de Rodrigo Silva, en su investigación *“Aplicabilidad del fuero maternal a las docentes contratadas (“a contrata”) del sector municipal regidas por el Estatuto Docente: análisis crítico”* se planteó como objetivo analizar de manera crítica cómo es la aplicación que los operadores del derecho han hecho de la institución del fuero maternal en el sector de profesionales de la educación, ello con el fin de evaluar si las normas que protegen la maternidad son eficaces, haciendo una interpretación conjunta con todos los derechos fundamentales. Llegando a concluir que los operadores del derecho han aplicado la institución del fuero maternal de manera parcial y vacilante, a pesar de la existencia de fundamentos jurídicos sólidos para una aplicabilidad protectora del fuero maternal, con base en la normativa de derechos fundamentales contenida en el bloque de constitucionalidad. Por último, elaboró una propuesta con base en los conocimientos científicos aportados por la Psicología y la Psiquiatría, en aras de una aplicabilidad del fuero maternal protectora de los derechos fundamentales (Rodrigo Silva, 2016, p. 93)

De la misma manera, a nivel internacional encontramos la tesis proveniente de Chile, realizada por el autor Navarro Mardones titulado *“Protección a la maternidad y el amparo de las trabajadoras durante el fuero maternal”* se plantea como objetivo buscar y proponer alternativas de solución a situaciones de arbitrariedad y abusos, que trasgreden los derechos y menoscaban su situación como madre de las trabajadoras, entonces habiéndose acreditado la vulneración de los derechos laborales de la madre gestante, con

esta investigación se busca que la aplicación de la norma sea cabal y no parcial, sobre todo en aquellos casos en que se encuentra gestante y próximo al parto, por lo que si bien las normas se encuentran consagradas en el Código del Trabajo y reforzado por diversas leyes especiales en la materia, con la investigación antes señalada se concluye que, si bien es cierto que se han efectuado avances legislativos que posicionan a Chile como uno de los países con la mejor legislación al en cuanto a protección a la maternidad y el amparo de las trabajadoras durante el fuero maternal, aún se evidencian ciertos vacíos legales, donde aún queda mucho por debatir, decidir e implementar, sobre todo en los casos de la madre trabajadora y los primeros meses o años de vida de su hijo, y de otro lado la protección del padre, quien definitivamente busca crear y reforzar el vínculo paterno filial, este hecho también debe ser avizorado por la legislación chilena, en cuanto a la protección de los derechos laborales. Al igual que la investigación anterior, reconoce y reflexiona sobre las evidentes brechas y desigualdades existentes para las madres gestantes a pesar del reconocimiento de licencia, entre otros. Es decir, que la madre se enfrenta a más injusticias y desigualdades que quedan únicamente en el ámbito interno de la empresa, no existe un ente protector a donde ellas pueden acudir, pues este tipo de conductas por parte del empleador, genera en la trabajadora gestante un conjunto de sentimientos de ansiedad, temor e indefensión, por lo que nunca se llega a sancionar este tipo de actos, ya que no son denunciados. En tal sentido, manifiesta que el problema de las desigualdades y discriminaciones que sufre la mujer embarazada respecto a sus empleadores pueden ser superadas y mejoradas, pero para ello se requiere voluntad de todas las partes, tanto de los empleadores para responder a los requerimientos sobre la materia, como también de los legisladores para poder generar leyes y normas que atiendan a esta situación social que tanto ha sido dejada de lado (Navarro Mardones, 2015, p.26)

De la misma manera, el país vecino ecuatoriano, no es ajeno a este tema, pues Vélez Velásquez en su tesis “*Vulneración de derechos laborales de la mujeres embarazadas y en período de lactancia*”, la meta en dicha tesis, es la de elaborar y presentar un informe legal al Poder Legislativo, Ministerio de Trabajo haciendo notar las falencias administrativas y judiciales sobre la vulneración de los derechos laborales de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, como formas de lograr los objetivos del buen vivir. Donde se concluye que, a pesar de los mandatos constitucionales de protección de la mujer trabajadora gestante, los casos de vulneración y/o atentando flagrante aún se siguen presentando, dejándose de lado la atención prioritaria que debe tener la mujer embarazada. Si bien, el Código del Trabajo desarrolla por mandato constitucional el periodo de lactancia, no trae mayores disposiciones que protejan a la madre gestante. Por ello, señala que es una necesidad frenar la vulneración de los derechos de las mujeres embarazadas y en período de lactancia de la provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas, ya que estas personas desconocen de todos sus derechos que la Ley les da. A nivel nacional se ha encontrado una investigación que trata el tema referente a la Vulneración de los derechos laborales de las mujeres trabajadoras gestantes pertenecientes al Régimen SIS”, tema estudiado en la presente investigación (Vélez Velásquez, 2013, p. 83)

En tanto a nivel nacional, hemos encontrado la tesis de Cruzado Cachi, en su documento de investigación “*La afectación de los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada al extinguir el empleador la relación laboral durante el periodo de prueba*” cuyo objetivo es el de determinar de qué manera la extinción de la relación laboral por decisión del empleador durante el período de prueba, vulnera los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada. El investigador luego de haber realizado la investigación de casuística y material de trabajo respectivo, concluye que la trabajadora

embarazada durante el período de prueba, cuenta con una estabilidad laboral precaria, sin protección alguna frente a las irregularidades que puede incurrir el empleador respecto a la fase extintiva de la relación laboral, toda vez que jurisprudencialmente, no existe pronunciamiento alguno sobre la solución a este vacío legal, es decir el autor critica el escaso plazo que se le otorga a la madres gestante dentro del periodo de prueba, resquebrajando con ello además la estabilidad laboral. Así, critica además que las normas laborales protejan a la madre una vez culminado el periodo de prueba; es decir hoy en día no existe ningún apartado normativo o jurisprudencia, que establezca, o aclare que la trabajadora gestante también debe ser protegida durante la etapa inicial del contrato de trabajo, es decir el período de prueba. Por ende, los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada que pueden verse afectados, tras el uso arbitrario de la facultad extintiva de la relación laboral con la que goza el empleador durante el período de prueba, son el derecho al trabajo, a la seguridad social y a la no discriminación por razón de sexo; de los cuáles los dos primeros resultan ser derechos fundamentales específicos laborales (derechos sociales), mientras que el último resulta ser un derecho fundamental inespecífico laboral (derecho civil y político); pero que en un contexto integral, los tres derechos antes citados, constituyen derechos fundamentales de las trabajadoras gestantes (Cruzado Cachi, 2015, p. 46).

Finalmente, tenemos la tesis realizada por Adriana Lucia Gianotti Paredes ante la Pontificia Universidad Católica del Perú, en su tesis titulada “La Feminización de los regímenes laborales especiales en el Perú y su regulación búsqueda de un cambio”, realizado en el año 2017, en cuyas conclusiones señala “La regulación, al no tomar en cuenta la condición de maternidad de las mujeres, dificulta el acceso a los subsidios por maternidad y lactancia, al no realizar especificaciones que posibiliten la percepción de los mismos, incluso ante la temporalidad o estacionalidad de las labores. La regulación,



en especial la referida a las microempresas, no establece medidas compensatorias a la falta de prestaciones económicas como consecuencia de la afiliación al SIS de las trabajadoras de dicho régimen. Esto contraviene directamente el Convenio 183 de la OIT, debido a que se está regulando un sistema de salud alternativo que desconoce las prestaciones pecuniarias que sirven de base para lograr la equidad de género entre hombres y mujeres, perjudicando económicamente a las mujeres” (Gianotti Paredes, 2017, p. 81).

## **2.2. Teorías que sustentan la investigación**

### **2.2.1. Teoría de los derechos humanos**

Los derechos humanos no siempre estuvieron presentes en la humanidad, por el contrario han sido objeto de conquista, pues no siempre estuvieron recogidos en documentos internacionales, así es entendido de manera preliminar como “prerrogativas dadas a los individuos en virtud de su naturaleza humana por el hecho indubitable de ser humanos, sin importar el sexo o el género, la condición de salud o la edad, que son detentados independientemente del grupo social al que se pertenece, y que son universales en tanto que ajenos a las condiciones históricas y sociales de las culturas” (Arias Marín, 2015, p. 26).

Ahora bien, esta teoría posee a su vez un sustento filosófico, dado que los derechos humanos buscan ser aceptados, legitimados y legalizados en los diversos ordenamientos jurídicos del mundo, ello con la finalidad de los valores que conllevan de manera implícita los derechos humanos otorguen sentido a la acción de las personas. Así, a efectos de reforzar lo expuesto se tiene que,

En las sociedades de las periferias y espacios poscoloniales, empezaron a surgir los debates por el reconocimiento de los derechos humanos, los mismos que iban

a tener la calidad de universales y guiados por cuestiones éticas que hacían que el hecho de invocar estos derechos se haga referencia a un aspecto libre, crítico y radical de confrontación, en pro de los derechos humanos (...).

En tanto, en la época contemporánea los derechos humanos, estaban caracterizados por un conjunto de pensamientos dirigidos a transformar y lograr su reconocimiento progresivo en diferentes temáticas, inclusive el impacto crítico de las reflexiones feministas y las perspectivas de género; los cuestionamientos multiculturalistas al carácter de su construcción en clave monocultural y portador de referencias valorativas occidentales; entonces los derechos humanos eran influenciados por diversas corrientes tales como la protección a una población vulnerable como lo son el caso de las mujeres, en todo ámbito de la vida (Wellmer, 2013, p. 74).

Como podemos notar la concepción de los derechos humanos ha ido cambiando a lo largo de la historia, en cada década y época, todos ellos con miras a la reinterpretación de los mismos, manifestando el carácter progresivo de los derechos humanos, así el jurista Samuel destaca el contenido heurístico de los derechos humanos, al respecto sostiene que “el movimiento de los derechos humanos surgió en realidad apenas en la década de los 70 del siglo pasado; que, si bien tiene lejanos precedentes en Roma y Grecia, la antigua Inglaterra medieval, España y el mundo árabe, así como precursores modernos en las revoluciones norteamericana y francesa del siglo XIX, aquellas concepciones de los derechos humanos poco tienen que ver con lo que son en el presente” (Moyn, 2012, p. 53).

Lo expuesto no hace más que resaltar el carácter evolutivo y progresivo de los derechos humanos, pues se ha superado la concepción inicial de altos preceptos morales

e ideales políticos, o del conjunto de libertades indispensables, para encontrar sustentos en principios de protección social y en la dignidad del ser humano por la calidad de tal, de lo contrario resultaría engañoso proponer la visión expansiva de los derechos humanos, el respeto y la garantía de los mismos conlleva a serios problemas de carácter político, ideológico y cultural; de allí que se propone una visión igualitaria y equitativa de los derechos fundamentales. Refuerza lo antes descrito las diferencias entre las dos concepciones que buscaban delimitar el contenido y significado de los derechos humanos, así se ha establecido;

en la segunda mitad del siglo pasado, dos grandes constelaciones teórico filosóficas dominaron el territorio de la teoría y la filosofía político-sociales: la de orientación marxista y la constelación de matriz rawlsiana, en la cultura anglosajona. Ambas grandes tendencias contrapuestas son, sin embargo, coincidentes y responsables del carácter incuestionable de un criterio rector y conductor de una teoría normativa general del orden político y social. Pese a sus significativas diferencias, podría decirse que había unanimidad en la necesidad de eliminar aquellas desigualdades sociales y/o económicas que no se pudieran justificar con argumentos razonables. Se estaba frente a un criterio de justicia como igualdad o como equidad (Fraser, 2006, p. 17)

La existencia de las ideológicas y sus respectivos criterios ha generado que la teoría contemporánea de los derechos humanos otorgue un papel fundamental y crucial a la institución del reconocimiento, pues se lo considera como “una categoría que condiciona la autonomía de los sujetos en el plano intersubjetivo, recoge muy bien los intereses morales de muchos conflictos contemporáneos” (Charles, 1993, p. 60). El ámbito del reconocimiento de los derechos humanos juega un papel primordial pues se le atribuye “la categoría moral fundamental y, consecuentemente, la distribución y el

reconocimiento, las considera dos categorías co-fundamentales y mutuamente irreductibles de la justicia” (Fraser, 2006, p. 124).

Habiendo expuesto las cuestiones críticas generales de la teoría de los derechos humanos, pasaremos a evaluar los modelos teóricos que buscan proponer o aproximarse a la definición correcta de los derechos humanos, así como su naturaleza, fundamento y contenido, así tenemos a la:

a. *Escuela Naturalista*: su concepción de que los derechos humanos están dados u otorgados, esto ocurre en virtud de estar basados en la naturaleza misma o, eventualmente, en términos de una racionalidad inmanente a la naturaleza o, incluso, en un ser sobrenatural. Los derechos humanos son entendidos definitivamente como universales en tanto que parte de la estructura del universo, si bien pueden ser traducidos prácticamente de diversas formas. Entre los autores contemporáneos más representativos de la escuela naturalista, estarían Jack Donnelly, Alan Gewirth (Donnelly, 1994, p. 71)

Esta escuela propone que los derechos humanos son necesarios no solo para la vida en general, sino también para por el simple hecho de tener una vida digna, así los derechos humanos se derivan de una naturaleza moral.

b. *Escuela Deliberativa*: Los derechos humanos busca construir acuerdos sobre cómo la política de la sociedad debe de ser dirigida; consecuentemente, la universalidad de los derechos humanos es potencial y depende de la capacidad que se tenga para ampliar el consenso acerca de los mismos; es decir esta escuela abarca tanto la percepción política de los derechos humanos y la universalidad de los mismo, como una forma de llegar a un acuerdo, sin que

ello implique generar un conflicto. Una de las figuras más destacadas de esta corriente de modalidad deliberativa es, sin duda, Jürgen Habermas, en la misma línea destacan Michael Ignatieff, Conor Gearty (Habermas, 1998, p. 73)

Para esta corriente, los derechos humanos se encuentran estrechamente vinculados a la democracia, el estado de derecho y el derecho en sí mismo, por lo que los derechos humanos solo serán válidos en la medida que exista legalidad y legitimidad de la misma.

c. *Escuela de protesta*: los derechos humanos están arraigados a la tradición histórica de las luchas sociales, si bien mantienen un sentido de apertura hacia valores de carácter trascendental. Es por ello que consideran universales a los derechos humanos en cuanto a su fuente, toda vez que la condición de sufrimiento y la potencial victimización de los sujetos tiene carácter universal. Sus representantes máximos son Costas Douzinas, Guy Haarscher, Upendra Baxi, Jacques Derrida, Étienne Balibar y Neil Stammers (Villoro, 2007, p. 67). Esta corriente señala que los derechos humanos y existen siempre y cuando estos puedan ser ejercidos en común con los demás derechos, ello representa y carácter agonístico, ético, ya que lo que se busca evitar es el conflicto social o colisión entre los derechos humanos.

d. *Escuela discursiva*: sostiene que el fundamento mismo de los derechos humanos no es otro que un hecho de lenguaje, la cuestión irrefutable de que en los tiempos contemporáneos se habla constantemente acerca de ellos y que tienen un carácter referencial; por supuesto no le atribuyen a los derechos humanos ningún carácter de universalidad, de modo que son un referente

táctico sumamente aprovechable puesto que los contenidos se pueden establecer discrecionalmente en ellos. De esa escuela discursiva destacan Alasdair MacIntyre, Marie-Bénédicte Dembour (Morales, 2008, p. 8); en otras palabras, lo que se plantea es que los derechos humanos se mueven dentro de un plano moral, y que le corresponden al ser humano como tal, son individualizados y no corresponden a la posesión de terceros.

Finalmente, precisaremos las características de los derechos humanos, que la teoría y escuelas han precisado, que son de gran importancia para la realización de la presente investigación:

1. *Universalidad*: Ello significa que todo ser humano posee una serie de derechos con independencia del país en que haya nacido o habite, así se sostiene;

(...) sin el atributo de la universalidad nos podemos encontrar con derechos de los grupos, de las etnias, de los estamentos, de entes colectivos más o menos numerosos, pero no con derechos humanos... la titularidad de los derechos, enunciados como derechos humanos, no va a estar restringida a determinadas personas o grupos privilegiados, sino que va a ser reconocida como un atributo básico inherente a todos los hombres, por el mero hecho de su nacimiento (Hesse, 2001, p. 85).

El carácter universal, tiene varias implicancias, pues en principio los derechos humanos no solo corresponden a cada Estado, sino que es un asunto de la Comunidad Internacional; de la misma manera significa que los Estados antes de plasmar algún derecho en la Constitución o de adoptar alguna medida o reforma, este debe ser realizado sin violentar las declaraciones y/o instrumentos internacionales referidos a los derechos humanos.

2. *Historicidad*: Se refiere a tres aspectos diversos; como la evolución de la civilización; nuevos problemas, necesidades y retos, y el contexto social y cultural de cada país. Las declaraciones de derechos humanos y su protección no nacen simultáneamente, sino por etapas, las cuales son primordialmente, la era moderna y la presencia de la burguesía, creándose diversas declaraciones como las americanas y francesas del siglo XVIII, con las que se precisaron derechos civiles y políticos de carácter individualista y liberal; la Primera Guerra Mundial, con la consagración de los derechos sociales y económicos; el contexto social y cultural de cada país (Carpizo, 2003, p. 238). Los acontecimientos históricos, nos han enseñado que casos como la Revolución Francesa, han significado diversas luchas y debates con el fin de lograr el reconocimiento de derechos como la libertad, igualdad y fraternidad.
3. *Progresividad*: Implica que su concepción y protección nacional, regional e internacional se va ampliando irreversiblemente, tanto en lo que se refiere al número y contenido de ellos como a la eficacia de su control (Cassin, 1974, p. 140). Ello significa que mediante esta característica es posible la incorporación de nuevos derechos humanos reconocidos constitucionalmente, atendiendo a los cambios sociales, con la finalidad de lograr y/o ampliar la defensa de los derechos.
4. *Aspecto protector*: Los derechos humanos ampara a toda persona humana, en virtud de que hasta el más poderoso puede llegar a necesitarlo, incluso se ha llegado a sostener que los derechos humanos no deben proteger sólo a la persona sino también a la comunidad nacional; sociológica y políticamente a toda la nación (Nikken, 1988, p. 44). De la misma el reconocido jurista Luigi, señala,

de hecho, puede afirmarse que, el reconocimiento paulatino de los derechos humanos, tales como, desde los derechos políticos a los derechos de los trabajadores, desde los derechos de las mujeres a los derechos

sociales. Estos derechos han sido siempre conquistados como otras tantas formas de tutela en defensa de sujetos más débiles, contra la ley del más fuerte —iglesias, soberanos, mayorías, aparatos policiales o judiciales, empleadores, potestades paternas o maritales— que regía en su ausencia (Ferrajoli, 2007, p. 363)

5. Indivisibilidad: Se explica de la siguiente manera “que todos los derechos, ya sean civiles, políticos, económicos, sociales, culturales o de solidaridad forman una unidad. Desde luego que no se puede conducir una existencia humana si se carece de libertad, igualdad y seguridad jurídica, pero éstas no son suficientes si no se cuenta con un nivel adecuado de satisfactores económicos, sociales y culturales, y será muy difícil disfrutar de esos derechos si el país enfrenta una guerra civil o externa” (Carpizo, 2011, p. 21)
6. Eficacia directa: significa que “los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales ratificados por un país vinculan obligatoriamente a todos los poderes públicos, así como a autoridades, grupos y personas, y para ello no es necesario que una ley desarrolle los alcances de ese derecho humano, aun en el supuesto de que la Constitución señale la existencia de esa ley” (Nogueira Alcalá, 2009, p. 11)

### **2.2.2. Teoría de la progresividad de los derechos laborales y de la seguridad social**

Habiendo analizado las características de los derechos humanos, nos centraremos en la aplicación de la progresividad en los derechos laborales y en la seguridad social, así se tiene que esta teoría de la progresividad se manifiesta en los derechos económicos,



sociales y culturales se encuentra contemplado en el artículo 26 ° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo del 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, pues estos buscan que los Estados Parte adopten las medidas y acciones para aplicar progresivamente todos los derechos que en ello señalan, pero en materia laboral adquiere cierta particularidad, pues “la expresión gradualismo admitido por varios instrumentos internacionales y textos constitucionales para la puesta en aplicación de las medidas adecuadas, como admitía el artículo 427° del Tratado de Versalles y en un segundo sentido la progresividad puede ser entendida como una característica de los derechos humanos fundamentales, perfectamente aplicable a los laborales. Se sostiene a ese respecto, que el orden público internacional tiene una vocación de desarrollo progresivo en el sentido de mayor extensión y protección de los derechos sociales” (Toledo Toribio, 2010, p. 12).

De ello, se puede desprender que la teoría de la progresividad, si bien tiene fundamento en la teoría de los derechos humanos, es válidamente aplicable en el ámbito laboral y de la seguridad social, donde la interpretación jurídica cumple un importante rol, pues;

la progresividad implica que las interpretaciones a las leyes deben hacerse tomando en consecuencia a las realizadas anteriormente, buscando no disminuir las determinaciones hechas sobre el parámetro y la sustancia de los derechos interpretados. Debe reiterarse que la naturaleza misma de la actividad interpretativa cambia de acuerdo a la rama jurídica en que se encuentre, es decir, la interpretación de la Constitución y de los tratados internacionales siguen una dinámica específica (Carmona Tinoco, 1996, p. 21)

Aunado a la interpretación, el rol de la mutación constitucional juega un importante rol para la progresividad, pues “la mutación surge como una forma de liberar presiones, cambiando el sentido de la Constitución, pero dejándola aplicable, de lo contrario habría una ruptura en el orden constitucional y un riesgo de colapso en el mismo” (Sagúes, 2006, p. 81). Ahora bien, la progresividad de los derechos laborales, no es absoluta, por el contrario, encuentra su límite en la capacidad económica del Estado, así se tiene;

(...) no supone absoluta imposibilidad de regresión en los avances efectuados por el Estado en materia de derechos [económicos y] sociales, en la medida que ello quede plenamente justificado considerando atención a la totalidad de los recursos que disponga el Estado, y siempre que existan razones de interés social que así lo impongan (STC N° 0001-2004, p. 9).

Es ineludible hacer referencia a los pronunciamientos expedidos por el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución respecto a las normas y contenido de principios del derecho laboral, específicamente nos ceñiremos al Principio de Progresividad que sustenta la investigación, así tenemos el siguiente fundamento,

(...) principio de progresividad de los derechos sociales, paulatinamente deberá implementar mejores condiciones jurídicas y fácticas de trabajo propio de la dimensión prestacional o positiva de los derechos fundamentales (EXP N° 1660-2010-PA/TC, p. 6)

En ese mismo, sentido el siguiente fundamento expresa con un sustento del derecho comparado, pues se remite a pronunciamiento de la Corte Constitucional Colombiana y Tribunal Constitucional Español, y donde se precisa que el principio de progresividad implica,

el concepto de progresividad efectiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales en general, no podrá lograrse en un breve período de tiempo. Sin embargo, la progresividad debe interpretarse a la luz del objetivo general, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo (EXP. N° 16-2008-PI/TC, p. 15)

De ello podemos colegir, que, en materia de derechos laborales, si bien el principio de progresividad se encuentra limitado una totalidad de recursos, ello no debe ser considerado un presupuesto o factor para que el Estado Peruano se convierta en un vulnerador de derechos, más aún diversos documentos internacionales obligan al Estado Peruano a adoptar acciones y/o mecanismos para cumplir con tal fin, ello no es ajeno al campo del derecho social, donde una trabajadora gestante no se le puede atribuir un régimen de prestación de salud distinto a otra, solo porque se encuentran en regímenes laborales distintos, ello significaría un severo retroceso al principio de progresividad. En ese mismo sentido, resulta necesario acudir al Principio de Convencionalidad como base para que el legislador y operador de derecho interprete la norma a la luz de la jurisprudencia expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así se ha establecido,

Este principio supone que las medidas que las medidas que debe adoptar el Estado con referencia a la plena efectividad de dichos derechos no pueden ser "regresivas", esto es, no pueden ser medidas que generen un estado de cosas o una situación que sea más perjudicial que la que se encuentre efectivamente establecida. Sin embargo, este principio tampoco supone la absoluta

imposibilidad de limitar los avances efectuados por el Estado en materia de derechos sociales, siempre que existan razones de interés general que así lo justifiquen (EXP. N° 020-2012-PI/TC, p. 4)

El principio de convencionalidad y/o denominado en nuestro país como el Control de Convencionalidad, supone que,

(...) la Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos (EXP. N° 04617-2012-PA/TC, p. 11)

Todo ello supone que, el Estado Peruano al haberse adscritos convenios internacionales en materia laboral como son las recomendaciones de la Organización Internacional de Trabajo (Convenio 183) y disposiciones relativas a derechos labroales contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es deber del Juez tomar en cuenta no solo las normas de derecho interno, sino que adoptar la línea de interpretación establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que permitirá la protección eficaz de derechos laborales y de seguridad social como es el caso de la mujer trabajadora gestante perteneciente al régimen de la microempresa.

### **2.2.3. Test de proporcionalidad**

El Tribunal Constitucional implementa este denominado test de constitucionalidad como “una herramienta para analizar la constitucionalidad de las

medidas en contexto de protestas sociales” (Ruiz Molleda, 2019, p. 1); es decir mediante est figura se busca evaluar la prevalencia de un derecho frente al conflicto con otro derecho, ambos con la misma relevancia constitucional, tal es el caso del derecho a la libertad de empresa y el derecho de la seguridad social de la madre trabajadora gestante, por lo que si bien este aspecto será discutido en el capítulo correspondiente, es necesario conocer los elementos que conforman este test, así previamente la doctrina define a esta institución como,

(...) estructura metodológica para la aplicación de derechos fundamentales entendidos como principios, es parte del llamado principio de proporcionalidad. El test de proporcionalidad está constituido por tres subprincipios; el principio de adecuación o idoneidad, el principio de necesidad y el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Los dos primeros representan un análisis medio-fin, referido a la medida que limita un principio jurídico. El tercero se refiere a un análisis de la medida restrictiva en función a la intensidad de la afectación que ella representa para un principio contrapuesto” (Alexy, 2007, p. 39).

Un sector de la doctrina considera que si bien el desarrollo de este test ha sido realizado por el Tribunal Constitucional, el origen se encuentra contenido en el propio texto constitucional, es decir, el principio de proporcionalidad, pues se establece en el artículo 200° de la precitada norma, cuando nos encontramos frente a acciones de garantía o procesos constitucionales en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad.

Así, este principio se orienta y sustenta en el Estado de Derecho, y esto debe ser entendido en la medida de que un poder político que se sujeta a la Constitución, al imperio

de esta, se sujeta también a todas las normas y principios constitucionales que en ellas se reconocen, se precisa que,

Toda afectación de cualquier derecho constitucional sea equilibrada y razonable, es decir, que no sea inútil ni desproporcionada, tiene también como basamento la propia dignidad de la persona humana que se ha convertido por mandato constitucional en el fin de la existencia misma del Estado. El respeto a la persona humana, a su dignidad de persona, obliga a que cuando se tenga que afectar las concreciones y exigencias jurídicas de esa dignidad que son los derechos constitucionales, se realice de modo digno, es decir, que se haga en beneficio de la misma persona humana y siempre se haga de modo estrictamente necesario y ponderado (Castillo Córdova, 2004, p. 7)

Pues bien, el origen y el fundamento por el que frente a una colisión de derechos o principios es necesario recurrir a este test, hace necesario conocer los elementos concurrentes para determinar la procedencia del mismo.

#### **2.2.3.1. Juicio de idoneidad**

Es denominado como “subprincipio de adecuación, y requiere que la medida o acto restrictivo de un derecho constitucional tenga un fin; y en segundo lugar exige que la medida en sí misma sea adecuada para el logro de ese fin” (Barnes, 1998, p. 16). Es decir, este primer requisito supone que la medida que se utiliza para alcanzar el fin no resulta incapaz para conseguir la finalidad que se persigue.

#### **2.2.3.2. Juicio de necesidad**

Este presupuesto, junto con el anterior tiene la calidad de concurrente, es decir habiéndose superado el juicio de idoneidad, este debe,

examinar si la medida que se evalúa es la menos restrictiva del derecho fundamental afectado que otras medidas igualmente eficaces. El juicio de necesidad, es claro que presupone el juicio de eficacia, en cuanto que el juicio de necesidad sólo se realiza entre medidas igualmente eficaces para el logro de la finalidad que se persigue. Por ello se afirma que el juicio de necesidad es un juicio plurilateral pues exige un juicio con respecto al fin que se persigue y con respecto a otras posibles medidas igualmente eficaces (Cianciardo, 1999, p. 342)

Este segundo requisito, evalúa si el legislador la medida que ejecuta la medida, tuvo a su alcance la posibilidad de adoptar y decretar otra medida igualmente eficaz para la consecución del fin de derecho fundamental, para ello consideramos que se debe valorar que los derechos fundamentales gozan de dos vertientes, en su dimensión subjetiva y objetiva, en cuanto a su dimensión objetiva se refiere el Estado tiene la obligación de comprometerse a lograr la eficacia de dichos derechos.

### **2.2.3.3. Juicio de proporcionalidad propiamente dicho o en sentido estricto**

Esta última etapa, supone los siguientes aspectos, conforme lo dispone la doctrina, se trata de una comparación entre la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin legislativo, cuyo objetivo será fundamentar una relación de precedencia entre aquel derecho y su fin. Si el derecho fundamental adquiere la prioridad, la norma iusfundamental adquirirá una validez definitiva y la norma legal deberá ser declarada inconstitucional. En cambio, si la prioridad es atribuida al fin, la norma iusfundamental perderá cualquier tipo de validez y la norma legal será declarada conforme a la Constitución (Bernal Pulido, 2010, p. 262)

La proporcionalidad, propiamente dicha exige que una vez superados los requisitos de la idoneidad y necesidad de la medida, el juicio de proporcionalidad establece que se evaluarán de un lado los principios afectados y por otro lado los principios que ordenan la protección de los bienes jurídicos que respaldan la intervención legislativa.

### **2.3. Recapitulación y crítica de los antecedentes**

Después de una íntegra investigación acerca de los derechos laborales de las madres gestantes, su historia, definición y vulneración, así como contrastando con las investigaciones existentes, he podido identificar que, si bien existen algunos estudios relacionados a la lesión de los derechos laborales de las madres gestantes, ninguno de ellos expone las razones de dicha vulneración, ni mucho menos las modificatorias legislativas; todo ello ha permitido que mediante un estudio de los antecedentes y cuestiones doctrinarias, realizar una crítica teniendo en cuenta las bases teóricas previamente expuestas.

Es así, que compartimos y adoptados parcialmente las conclusiones a las que llegan, sin embargo, precisamos una vez más este fenómeno jurídico posee elementos, características, causas y efectos únicos que obligan a adoptar acciones legislativas en pro de la mujer trabajadora gestante, pues de lo contrario se estarían dando tratos igualitos distintos a nivel de prestaciones de salud a trabajadoras gestantes.

Lo expuesto nos lleva a concordar con la investigación realizada por Cabezas Ortega, en el sentido de que es necesario mejorar la aplicación de los derechos laborales de la mujer embarazada, pues lamentablemente para el empleador no es agradable dicha situación, no solo por los gastos operativos que acarrea sino también porque muchas veces



lo que busca es despedir a la gestante, y aunque suene una postura extrema compartimos al señalar que el empleador se vale del hostigamiento o acoso para lograr su cometido.

Por otro lado, tenemos la investigación realizada por Rodrigo Silva, que si bien el extremo de su investigación difiere pues se orienta al sector municipal, el sujeto de protección es el mismo, las trabajadoras gestantes en el sector de la educación y sin duda apoyamos la propuesta de esta investigación, ya que no solo se sustenta en el derecho sino también la psicología y psiquiatría, lo que sin duda contribuye a la realización de esta investigación. Otra tesis, de similar sentido y conclusión es la Navarro Mardones, quien busca proponer alternativas de solución frente a los casos de transgresión de los derechos laborales de las madres gestantes, esta investigación tiene un amplio grado de desarrollo ya que se realiza a nivel del derecho comparado y busca llenar los vacíos legales, no obstante complementamos la conclusión a la que arriba dicho investigador, pues señala que para superar los problemas y desigualdades legales se requiere voluntad de las partes, a lo que nosotros agregamos que se requiere acciones concretas dirigidas a solucionar dicho problema.

En cuanto a la investigación realizada por Vélez Velásquez, va más allá de los derechos laborales de las madres gestantes, y busca la protección integral del periodo de lactancia, compartimos el criterio de esta investigación, ya que propone un trabajo multidisciplinario y que además involucre a todas las entidades administrativas y judiciales, a lo que nosotros agregamos que va más allá de ello, pues la protección de los derechos laborales debe comprometer a los tres poderes del Estado.

Adoptamos la postura arribada por el investigador Cruzado Cachi, quien analiza las consecuencias jurídicas de la afectación de los derechos laborales en el caso del despido arbitraria en los casos del periodo de prueba, no obstante, criticamos lo señalado por dicho investigador, pues consideramos que existen pronunciamientos del Tribunal

Constitucional que buscan la protección de las madres gestantes, y más que ello establecen nuevos criterios de interpretación; por lo que dicha investigación contribuirá con la realización de la presente investigación; debiendo tener en cuenta que si bien a la fecha existen abundante tesis que analizan la protección de las madres gestantes, ningún de ellas ha versado sobre la prestación de servicios de salud y el tratamiento que se da en los diversos regímenes, de manera específica en las microempresas como se realizará en la presente investigación.

Finalmente, y no menos importante es resaltar la excelente investigación que realiza Lucia Gianotti, quien en su tesis analiza todos los regímenes laborales generales y especiales, y su regulación referido a la mujer, desde el acoso hasta despido arbitraria, y si bien no analiza a profundidad el tema de las trabajadoras gestantes, si precisa en sus conclusiones la escasa regulación y protección hacia estas, en cuando a subsidios se refiere, a lo que nosotros agregamos y ello será materia relevante de la investigación el derecho a la seguridad social de la trabajadora gestante, de allí que si bien la citada investigación realiza excelentes aportes al sistema jurídico peruano, no llena el vacío o deficiencia que se pretender alcanzar con esta investigación.

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

### **2.4.1. Derecho a la seguridad social**

En palabras de reconocido laboralista Jorge Toyama se define como “el conjunto de normas y principios elaborados por el Estado con la finalidad de proteger las situaciones de necesidad de los sujetos independientemente de su vinculación profesional a un empresario y de su contribución o no al sistema. En ese sentido, la seguridad social protege la relación jurídica de seguridad social, caracterizada en esencia por ser pública y universal” (Toyama Miyagusuku, 2005, p. 198)

#### **2.4.2. Microempresas**

Definida como “una asociación de personas que, operando en forma organizada, utiliza sus conocimientos y recursos: humanos, materiales, económicos y tecnológicos para la elaboración de productos y/o servicios que se suministran a consumidores, obteniendo un margen de utilidad luego de cubrir sus costos fijos variables y gastos de fabricación” (Villarán, 1998, p. 14).

#### **2.4.3. Seguro integral de salud**

Es el “Organismo Público Ejecutor (OPE) del Ministerio de Salud, que tiene como finalidad proteger la salud de los peruanos que no cuentan con un seguro de salud Prioriza aquellas poblacionales vulnerables que se encuentran en situación de pobreza y pobreza extrema. Es también una Institución Administradora de Fondos de Aseguramiento en Salud (IAFAS) y su objetivo es captar y gestionar fondos para el aseguramiento de prestaciones de salud y la cobertura de riesgos de salud de los asegurados bajo el Aseguramiento Universal en Salud (AUS)” (SIS, 2012, p. 8).

## CAPÍTULO III

### LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS MUJERES TRABAJADORAS EMBARAZADAS

#### 3.1. La mujer en el derecho laboral peruano

##### 3.1.1. La mujer en la historia del derecho de trabajo

Los términos mujer y trabajo, anteriormente eran analizados únicamente desde la perspectiva del trabajo, entendido este último como la actividad doméstica que realiza la mujer dentro del hogar, por su condición de tal, ello como parte de un patrón que existía años atrás donde por aspectos ideológicos y culturales la mujer no era considerada para realizar alguna actividad física o intelectual que sea catalogada como trabajo. Así, remitiéndonos a la historia de nuestro país, en la época incaica, se tiene que,

la mujer del Incanato era explotada en todos los ámbitos, así la mujer trabajadora del Incanato, es ubicada dentro del clan familiar a través de su trabajo doméstico, sirviendo a los miembros del grupo, participando, además, en las faenas agrícolas con el marido y como mano de obra especializada en la fabricación de telas que, además eran conventos para mujeres destinadas al Inca y sus allegados (Lumbreras, 1992, p. 263).

Desde sus inicios, la mujer ha sido considerada únicamente para realizar actividades de carácter doméstico y de proyección doméstica como es el caso de hilar, tejer, es decir, sus aspiraciones sociales eran muy diferentes a las del varón, en tal sentido, dicha situación de menosprecio de sus derechos de la mujer en el ámbito laboral también fue avizorado en la época colonial, donde la invasión española y el feudalismo generó una situación de explotación y esclavitud hacia los hombres y con mayor razón el trato que se les brindaba a las mujeres, bien se señala,

la mujer india fue la principal víctima de subordinación, opresión, discriminación y degradación sexual. Además de ser explotada en su hogar (trabajo doméstico) bajo el dominio de su marido o, como criada de los patrones españoles era utilizada como objeto sexual para los desmanes de padres e hijos españoles. El feudalismo estableció un tipo de sociedad muy jerarquizada, en la cual, se sumaron la social y la de género que tuvo consecuencias graves en la mujer (Villavicencio, 1990, p. 45)

Lo expuesto refleja, que la mujer no solo fue vulnerada sexualmente, sino también sus derechos fundamentales fueron seriamente lesionados, pues la mujer dejaba de pensar y ser ella misma, para pensar en el hombre y en la sociedad, así no tenían derecho a la educación, y en cuanto a sus derechos laborales, era inicialmente ubicada como comerciante de comidas para los hombres, de esta manera cuando llegó el capitalismo se agudizaron más los problemas derivados de las relaciones de género entre los trabajadores, en cuanto a la “mujer trabajadora de la clase pobre (india, mestiza, criolla) sólo tenía posibilidades ocupacionales de artesana o trabajadora manual” (Villavicencio, 1990, p. 52). Por lo que, estas primeras labores realizadas por las mujeres, se dieron con mayor fuerza en la Guerra del Pacífico del año 1881, donde “la necesidad de buscar el sustento de la familia, las mujeres realizaron carreras profesionales consideradas para femeninas (docentes, secretarias, enfermeras) por las escasas oportunidades creadas en el trabajo público” (Cerna Barba, 1997, p. 23)

En consecuencia, la medida incorporación de las mujeres en el mercado del trabajo, aunque con ciertas limitaciones, las condujo para luchar mediante manifestaciones por la reivindicación de los derechos de la mujer y sobre todo a nivel laboral lograr el ingreso laborar a otros tipos de trabajo sin discriminación. Ese fue el

escenario acaecido en Perú, no obstante, a nivel mundial ya se realizaban los primeros movimientos en pro de los derechos de las mujeres, así

en 1914 el grupo feminista intelectual Evolución Femenina comenzó a gestar la emancipación social de la mujer de igualdad civil y política, así entre finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, acontecieron aspectos importantes en la vida de la mujer, sobre todo burguesa que comienza a interesarse por ocupaciones o profesiones consideradas tradicionalmente masculinas como Abogacía, Medicina, etc. Este originó que la mujer buscase ingresar a las universidades para lograr su objetivo. Este proceso fue muy arduo puesto que encontró oposición de políticos, bajo la idea de que con el ingreso de las mujeres a las universidades se perdería el verdadero sentido y el rol innato de la mujer dentro de la familia y como consecuencia se originaría el rompimiento del núcleo familiar nefasto para el futuro de la sociedad (Cerna Barba, 1997, p. 26)

La postura antes citada sin duda presenta una postura arcaica, dado que se busca un fundamento absurdo para desconocer los derechos fundamentales de las mujeres, a pesar de dichas ideologías las constantes luchas y manifestaciones dieron resultados en el derecho laboral, donde no solo algunas mujeres empezaban a realizar actividades propias del hombre, sino también se dedicaron a profesiones tales como la medicina, abogacía e ingeniería que durante muchos años la totalidad era representada por varones, e inclusive se fueron presentando los primeros derechos sindicales para las mujeres, así “la primera organización sindical femenina en El Perú fue creada el 10 de Noviembre de 1931 con 350 costureras, siendo muy reconocida por sus múltiples manifestaciones y huelgas” (Villavicencio, 1990, p. 78).

Del mismo modo, estos avances en materia de derechos laborales colectivos, reforzaron las normas propias del derecho individual de trabajo,

durante el segundo gobierno de Don José Pardo y Barredo (1915-1919), se formularon diez proyectos sobre: higiene y seguridad de los trabajadores, trabajo de los niños y mujeres, descanso obligatorio, horas de trabajo de los hombres adultos, indemnización por accidentes de trabajo, entre otros. El proyecto sobre trabajo de mujeres y niños fue aprobado por el Congreso, mediante Ley N° 2851 del 23 de noviembre de 1918, el cual reguló entre otros aspectos la jornada de ocho horas de trabajo y cuarenta y cinco semanales, una hora de lactancia, sala cuna para los hijos menores de un año, indemnizaciones por despedida injustificada, por despedida dentro de los tres meses anteriores y posteriores al parto e indemnizaciones por accidentes de trabajo” (Pareja, 1985, p. 205)

Se verifica que el legislador peruano, demostró su interés en los derechos de la mujer, legislando de manera específica sobre estos temas, de allí que en la actualidad se verifica la participación de la mujer en la vida laboral y económica del país, e inclusive se le ha brindado mayores oportunidades laborales, sin que esto implique una vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación de la mujer. Si corresponde señalar que hoy en día la mujer se encuentra con mayor libertad de decisión y autonomía cuando se refiere al derecho del trabajo, ello como consecuencia del proceso de modernización del Estado y del Derecho como se conoce. No obstante, algunos autores como Castilla reconocen que a pesar de los avances se presentan ciertas falencias como, “las formas y sectores a los que acceden las mujeres en el mercado laboral, así como los niveles salariales son también producto de la división sexual del trabajo, que entiende como femeninas ciertas ocupaciones y masculinas otras” (Castilla, 1991, p. 92)

Por su parte, Del Valle señala,

a las mujeres tradicionalmente se les ha pagado menos que a los hombres, lo cual refleja su posición subordinada en la sociedad y el supuesto generalizado de que

las mujeres nunca son la fuente del ingreso familiar, sino que dependen de los hombres, quienes son los proveedores (Del Valle, 1992, p. 106).

Dichas falencias, serán superadas en la medida de que se considere el derecho al trabajo como una actividad específicamente humana, de igualdad fundamental del varón y la mujer, pero con la precisión de que en materia laboral se debe procurar garantizar la salud física y mental de la madre trabajadora, debiendo de facilitar el descanso adecuado y la atención de sus menores hijos, sobre todo en los primeros años de vida, lo último mencionado es de gran interés para la presente investigación, pues conforme tratamos en el siguiente apartado conoceremos la protección que se le brinda a la madre gestante.

### **3.1.2. La protección jurídica de la mujer trabajadora y mujer gestante**

En el Perú, la mujer trabajadora y madre gestante goza de determinados instrumentos legales que conceden estabilidad laboral frente posibles acciones dolosas del empleador, donde si bien debe primar la igualdad de oportunidades laborales, existen determinados casos en donde se justifica la necesidad de proteger a la mujer y con mayor razón a la madre gestante. Consideramos que esta justificación se encuentra contenida en el artículo 23° de la Constitución Política de Estado, la misma que consagra el Derecho al Trabajo, pero también el deber que tiene el Estado de garantizar el acceso al trabajo y protegerlo en todas sus modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. A continuación, veamos los instrumentos legales que protegen a las madres trabajadoras y de manera específica a las madres.

El *descanso pre y post natal*, es uno de los primeros derechos que se concede a la una madre, así mediante Ley N° 26644, se faculta a una trabajadora gestante a gozar de 49 días de descanso pre-natal y 49 días de descanso post-natal (este periodo puede ser repartido o acumulado), asimismo, se establece que “la norma difiere el goce del descanso



pre natal total o parcialmente, y acumularlo con el post natal a decisión de la madre” (Pachego Zerga, 2002, p. 77)

El reglamento de la citada ley, es aprobado mediante D.S. N° 005-2011-TR, establece que este derecho es aplicable tanto las para las trabajadoras del sector público y privado y, en síntesis, este decreto supremo, regula aspectos como requisitos, nacimiento múltiple, incidencias, cambios de fecha, trámite, casos en que se ejerce dicho derecho de manera inmediata.

El *permiso por lactancia materna*, regulado mediante Ley N° 27240, así se’ señala que “esta norma le concede a la madre trabajadora, al término del período post natal, el derecho a una hora diaria de permiso por lactancia materna hasta que su hijo cumpla el año de edad. Este permiso por lactancia materna se considera como efectivamente laborado para todo efecto legal, incluyéndose el goce de la remuneración correspondiente” (Pachego Zerga, 2002, p. 78), es decir es derecho significa la posibilidad de que la madre pueda llegar 1 hora después del horario de ingreso o salir del trabajo 1 hora antes de la hora salida, a efectos de cumplir con la lactancia materna, como bien señala este permiso no es descontado de su remuneración, por el contrario se considera la hora efectivamente laborada para el cálculo de su remuneración.

Seguidamente, se tiene el *beneficio de la implementación de lactarios*, el mismo que es regulado por Ley N° 29896 que establece la obligación de implementar lactarios en instituciones de los sectores público y privado en las que laboren 20 o más mujeres en edad fértil, sobre el particular se ha expuesto que “a la fecha, son pocas las empresas e instituciones públicas que han implementado estos lactarios en sus espacios de trabajo, ya que la mencionada ley no se encuentra reglamentada pese a que fue promulgada en julio del año 2012” (Pachego Zerga, 2002, p. 78).

Otro mecanismo jurídico de protección es la *protección a la mujer gestante en situación de riesgo*, así se tiene que mediante

Ley N° 28048 se estableció que las mujeres gestantes tienen el derecho de solicitar al empleador no realizar labores que pongan en peligro su salud y/o la del desarrollo normal del embrión y el feto durante el período de gestación. El empleador, después de tomar conocimiento, debe asignar a la mujer gestante labores conforme a lo solicitado durante el período de gestación, sin afectar sus derechos laborales. Esta norma fue reglamentada por el D.S. N° 009-2004-TR (Pachego Zerga, 2002, p. 79).

Este beneficio, tiene por finalidad garantizar el pleno desarrollo del feto, así como la estabilidad física y emocional de la madre gestante, de allí que el empleador debe abstenerse de ordenar cualquier tipo de acciones que pongan en riesgo a la madre, cualquier despido del empleador por esta causa se considera nulo.

Seguidamente tenemos el *subsidio por maternidad y lactancia*, así mediante Ley N° 26790 denominada Ley de modernización de seguridad social en salud, se establecen el derecho a subsidios por maternidad y lactancia entendido como

Tiene por fin de resarcir el lucro cesante como consecuencia del alumbramiento y de las necesidades del cuidado del recién nacido. Se otorgará por un periodo de 90 días, pudiendo distribuirse en los períodos inmediatamente anteriores o posteriores al parto, conforme lo elija la madre, a condición que durante esos períodos no realice trabajo remunerado” (Pachego Zerga, 2002, p. 79).

Así, se tiene que este subsidio, busca apoyar a la madre en los gastos derivados por el alumbramiento y demás cuidados del menor, como bien se señala este aspecto es regulado por el seguro social.

Finalmente, tenemos *la protección frente al despido nulo*, es decir el régimen laboral de la actividad privada, regulado mediante D. Leg. N° 728, establece que aquel despido que tenga por causa el embarazo de una trabajadora será declarado nulo, ello con la finalidad de evitar por un lado el despido arbitrario y de otro lado garantizar la estabilidad laboral, no obstante, como requisito que establece la norma mediante Ley N° 27185, es que para que “para hacer efectiva dicha protección, la trabajadora deberá notificar al empleador documentalmente del embarazo en forma previa al despido” (Pachego Zerga, 2002, p. 80).

Por otro lado, el máximo intérprete de la Constitución, ha establecido 5 aspectos sumamente importantes que han sido tratados en la sentencia que constituye un hito frente a un caso de despido de una mujer embarazada, nos referimos a la STC Exp. N° 05652-2007-PA/TC, en donde se analiza,

la igualdad de derechos de hombres y mujeres en el derecho internacional de los Derechos Humanos, la igualdad y obligación de no discriminación, la protección internacional de la mujer y sus derechos humanos, la discriminación y la igualdad en materia laboral, la discriminación por razón de sexo: el embarazo (STC Exp. N° 05652-2007-PA/TC, p. 5)

De ello, podemos colegir, la especial importancia que tiene el Tribunal Constitucional frente al despido de la madre gestante, no obstante se debió haber extendido la protección frente a otros supuestos de vulneración como el que se trata en la presente tesis, así la protección jurídica de la maternidad está indisolublemente ligada al Sistema de Seguridad Social por lo que es necesario introducir algunas modificaciones en la normatividad que rige dicho sistema a fin de ampliar el área de protección, no sólo a las madres asalariadas, sino también a las independientes, entre otras.

### **3.1.3. El derecho de la seguridad social**

Previamente a definir qué se entiende por seguridad social, conviene analizar sus antecedentes históricos de su reconocimiento como derecho, en tal sentido, se tiene que en la historia sobresalen dos corrientes de evolución sobre este tema, la primera surge en Alemania, la cual se caracterizaba fundamentalmente por su espíritu paternalista, generando ventajas laborales y de protección; y la segunda corriente surge en Inglaterra, crea un sistema de protección universal, es decir que el criterio de aplicación no era el carácter profesional sino el de redistribución de la renta, con la finalidad de promover un espíritu solidario (Ermida Uriarte, 1993, p. 14).

Así, nosotros nos adherimos a la segunda corriente, en la medida de que se busca proteger las situaciones de necesidad individual frente a determinados riesgos y por ende establecer un sistema de protección universal, independientemente de la profesión, orientado por un espíritu de solidaridad. En nuestro país,

la Seguridad Social en el Perú nace durante el Gobierno de don Ramón Castilla cuando se dicta la Ley General del 22 de enero de 1850 por la que se establece el derecho de jubilación a favor de todos los empleados público que no pudieran continuar en el servicio por edad avanzada o enfermedad crónica legalmente comprobada. El 28 de diciembre de 1987, se aprueba la Ley General del Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS), que define a te como la institución autónoma y descentralizada con personería jurídica de derecho público interno (Arostegui Hirano, 2004, p. 30)

De allí que la seguridad social va más allá del derecho laboral, dado que abarca aspectos propios del derecho pensionario, que busca otorgar una prestación frente a posibles situaciones de riesgo, así con posterioridad mediante Ley N° 27056 se crea el

Seguro Social de Salud (EsSalud) y que como precisamos líneas arriba el derecho a la seguridad social como tal es sumamente amplio de allí que esta ley buscaba estructurar y organizar la seguridad social en nuestro país.

Las corrientes extranjeras y las breves acepciones descritas en los párrafos precedentes, buscan definir qué se entiende por seguridad social, llegando a expresarlo, como el conjunto de normas y principios elaborados por el Estado con la finalidad de proteger las situaciones de necesidad de los sujetos independientemente de su vinculación profesional a un empresario y de su contribución o no al sistema. En ese sentido, la seguridad social protege la relación jurídica de seguridad social, caracterizada en esencia por ser pública y universal (Toyama Miyagusuku, 2015, p. 198)

De dicha definición, podemos identificar algunos rasgos característicos del sistema de seguridad social, entre ellos aquel rasgo de *carácter público*, en la medida de que el Estado tiene la obligación de cubrir las necesidades de protección de la población; de otro lado el *carácter mixto*, pues el Estado brinda un servicio de protección a las personas necesitadas, y el objeto de la seguridad social es cubrir las necesidades de la población, ahora bien algunos juristas consideran como rasgo característico de la seguridad social al *carácter autónomo*, el mismo que es entendido, “el Derecho de la Seguridad Social al margen del Derecho Laboral, sin embargo, por su carácter universal no sólo su ámbito de aplicación se circunscribe a los trabajadores dependientes, sino que también incluye a los no trabajadores” (Toyama Miyagusuku, 2015, p. 199). Para el caso de la presente investigación, tomaremos en cuenta a la seguridad social visto desde el derecho laboral.

A pesar de lo anteriormente citado, el derecho a la seguridad social como tal, ha sido reconocido en diversos documentos normativos, dentro de los cuales citaremos en

primera lugar a la Constitución Política del Perú, el mismo que se encuentra contenido en el artículo 10° que establece “El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la Seguridad Social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”, siguiendo esa norma directriz, el Tribunal Constitucional define al derecho a la seguridad social como,

una garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado, al amparo de la doctrina de la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad (STC N° 1417-2005-TC, p. 10).

El concepto esgrimido hace una suerte de tipificación, pues delimita los presupuestos para acceder a este derecho, donde debe existir un estado necesidad para el otorgamiento de esta prestación que a su vez puede ser pecuniaria o asistencial, en fin la creación del seguro social y su reconocimiento como derecho obedecen a determinados principios, y curiosamente llama nuestra atención el principio de progresividad, pues al ser un derecho fundamental, estos tiene la calidad de ser progresivos, esto es, que el reconocimiento y cumplimiento de estos derecho debe avanzar o aumentar gradualmente, debiendo realizar determinadas acciones para lograr progresivamente la plena efectiva y goce de este derecho a la seguridad social.

#### **3.1.4. El derecho a la seguridad social y el derecho al trabajo**

En materia de derecho laboral, se parte del siguiente enunciado, que señala,

la noción de trabajo decente se estructuran las ideas de trabajo productivo en condiciones de libertad, seguridad y dignidad: un trabajo en el cual los derechos

son respetados, en el que se cuenta con una remuneración suficiente y protección social (Ministerio de Empleo y Promoción de Trabajo, 2005, p. 11)

Por lo que, la seguridad social desde la perspectiva del derecho laboral es abarcado desde el trabajo decente, el mismo que implica la creación del empleador, la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo, el mejoramiento de los sistemas de protección social y el fortalecimiento del diálogo social. Aunado a ello, la seguridad social como derecho implica la realización de coordinaciones entre los principales gestores de este derecho, entiéndase el Ministerio de Trabajo, Empresarios y/o Empleadores, Sunafil, Gobierno Regional y Local, para lograr una mayor inclusión de los trabajadores dependientes e independientes en la seguridad social. Dada la relevancia del derecho a la seguridad social, juristas como Toyama Miyagusuki, identifica tres grupos especialmente vulnerables en materia de seguridad social, los cuales son;

*Trabajo independiente:* los empleos independientes son aquellos empleos en los que la remuneración depende directamente de los beneficios derivados de los bienes o servicios producidos. Se puede definir entonces que un trabajador independiente es aquel que realiza una actividad económica a título lucrativo por cuenta propia como medio fundamental de vida.

*Trabajo temporario o persona eventual:* Esta forma de contratación nace como solución a la demanda de personal por periodos determinados, en general cortos, por temporada o bien para suplir una necesidad puntual de trabajo por parte de empresas denominadas comúnmente usuarias.

*Trabajo doméstico:* es aquel que se realiza en el hogar, a los fines de la manutención del conjunto de sus integrantes (Toyama Miyagusuku, 2015, p. 199).

Entonces, los grupos pasibles de protección por parte de la seguridad social son los trabajadores independientes, personales eventuales y trabajadoras domésticas, aspectos a los que la Seguridad Social tendrá gran importancia, no obstante, hay determinado grupo a los que la seguridad social debe tomar especial atención, nos referimos a la madre gestante.

### **3.1.5. La seguridad social de la mujer gestante**

El derecho a la seguridad social es un derecho amplio cuya cobertura abarca prestaciones de prevención y promoción, sobre la educación para la salud y control de riesgos; las prestaciones de recuperación de la salud, es decir, atención médica, ambulatoria u hospitalización; de otro lado las prestaciones económicas, entendido como el monto de dinero que se otorga para compensar el lucro cesante derivado de una enfermedad, accidente, y en el caso de la madre gestante que es materia de investigación se tiene existen,

Las prestaciones económicas del parto, entendido como el monto de dinero para contribuir al cuidado del recién nacido.

Prestaciones por maternidad: Consiste en el cuidado de la salud de la madre gestante y la atención del parto, extendiéndose al periodo puerperio y al cuidado de la salud del recién nacido (Yañez Malaga, 1996, pág. 44)

El derecho a la seguridad de la madre trabajadora gestante, tiene regulaciones específicas que le brindan protección y le aseguran el normal desarrollo de ella y del embrión, ahora bien, no olvidemos que es el empleador quien está obligado a cargo de realizar los aportes y pagos. Por lo que trataremos cada uno de estos subsidios que se otorgan.



### **3.2. Subsidio por lactancia**

Es el monto de dinero que se otorga a la madre con el fin de apoyar al cuidado del recién nacido, este monto “se otorga a todo hijo de asegurado que tenga la calidad de asegurado regular perteneciente al régimen privado, público, especial o agrario. Adicional a ello se señala que el monto que se percibe es de S/. 820.00 por cada lactante” (Ryder, 2014, p. 7)

Las condiciones para recibir este subsidio son,  
contar con tres meses consecutivos de aportaciones o cuatro no consecutivos dentro de los seis meses calendario anteriores al mes en que se produjo el parto, el lactante debe estar inscrito como derechohabiente del asegurado, si la madre del lactante no es asegurada titular, deberá estar inscrita en EsSalud, si el lactante ha fallecido, antes de ser inscrito, corresponde efectuar la inscripción póstuma (Ryder, 2014, p. 7)

Ante una vulneración de estos presupuestos de hecho, se puede acudir mediante un proceso constitucional de amparo a solicitar el respeto de este derecho de seguridad social, debemos de precisar que estas consideraciones previas deberán ser acreditadas por el empleador en cuanto se refiera a los meses de aportaciones y al solicitante en cuanto se refiera a la inscripción del menor, asimismo debemos de precisar que este subsidio se puede solicitar hasta 90 días posteriores a la fecha de nacimiento del menor.

### **3.3. Subsidio por maternidad**

Es definido como “el monto en dinero al que tienen derecho las aseguradas regulares en actividad, de regímenes especiales y agrarias, a fin de resarcir el lucro cesante como consecuencia del alumbramiento y de las necesidades de cuidado del recién nacido (Ryder, 2014, p. 8), y en cuanto a las condiciones previas para su otorgamiento son,

el asegurado debe contar con tres meses consecutivos de aportaciones o cuatro no consecutivos dentro de los seis meses calendario anteriores al mes en que se inicia el goce del subsidio, la trabajadora debe tener vínculo laboral en el momento del goce de la prestación, adicionalmente la asegurada regular en actividad debe haber tenido vínculo laboral en el mes de la concepción (Ryder, 2014, p. 9).

De manera similar al caso anterior, los presupuestos fácticos pueden ser defendidos mediante un proceso constitucional de amparo, a fin de lograr el otorgamiento de este subsidio. En cuanto al plazo para solicitarlo, es de 98 días posteriores a la fecha de nacimiento del menor y se extiende hasta 6 meses más (de conformidad con lo señalado en la Ley N° 30367); en caso de parto múltiple el periodo para solicitar dicho subsidio es de 128 días posteriores a la fecha de nacimiento del menor y se extiende por el mismo periodo; la madre podrá diferenciar el inicio del descanso con autorización del médico tratante, y la posibilidad del adicional de 30 días, se presenta a consecuencia de un parto múltiple. Finalmente, debemos hacer la consideración en cuanto a las condiciones exigidas a la asegurada de régimen especial y la pescadora y procesadora pesquera artesanal independiente en el extremo de que haber pagado el aporte del mes de la concepción antes de presentar la solicitud, vulnera el principio de igualdad y no discriminación, muy por el contrario al tener la calidad de derecho fundamental y conforme al principio de progresividad, se deben establecer las mismas condiciones para ambas mujeres gestantes, logrando así la eficacia del acceso a la seguridad social.

### **3.4. La mujer en la seguridad social y el derecho laboral comparado**

#### **3.4.1. Colombia**

En el ordenamiento jurídico colombiano, la razón para modificar sus normas laborales se sustenta en el principio universal de la igualdad efectiva entre el hombre y

mujer, así se señala que “la protección de la maternidad, facultad reproductiva de la mujer no deben verse afectados, debe prevalecer la garantía de la estabilidad en el trabajo, y eliminarse todo tipo de discriminación al respecto” (West, 1998, p. 39)

De allí que, en la Constitución Política Colombiana de 1991, se establece que durante el embarazo e inclusive después del parto, recibirá especial atención y asistencia por parte del Estado, además recibirá de parte de este un subsidio alimentario si estuviere desempleada o desamparada. Como se advierte, la Constitución Colombiana establece un especial cuidado de la mujer embarazada concediéndole un subsidio aun cuando esta no este laborando, situación que no se presenta en el Perú, muy por el contrario, el mecanismo que ha adoptado refleja un verdadero mecanismo de bienestar y protección por su condición natural y especial que tiene la mujer.

En materia laboral de las mujeres embarazadas se parte de la siguiente premisa, si bien conforme a la Constitución Política todos los trabajadores tienen un derecho general a la estabilidad en el empleo, hay casos en los que este derecho es aún más sólido, por lo cual en tales eventos cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, como es el caso de la mujer y madre gestante (Buitrago Escobar, 2014, p. 93).

En Colombia, se concede a su vez la licencia por maternidad, el mismo que ha tenido inicialmente por objeto el restablecimiento de la fisiología de la mujer, por lo que el tiempo que se le concedía le proporcionaba cuidados y alimentación abundante y nutritiva para recuperar fuerzas; posterior a ello se estableció que la consagración de este derecho de la madre gestante en Colombia tenía como finalidad primordial al neonato, así,

la necesidad en el inicio de la vida del contacto con la madre, percibido de tiempo atrás en el mundo animal y del amor y el cuidado al relacionarse con su

hijo a fin de proporcionarle un desarrollo armónico e integral (Buitrago Escobar, 2014, p. 95)

Es necesario hacer la mención, que el reconocimiento de este derecho en Colombia se dio en el año 1938, donde la licencia por maternidad era otorgada únicamente a las madres biológicas, y años después se concede este derecho a las madres adoptativas, e inclusive, se incluyó,

además de la prestación económica, la asistencia sanitaria no solo para mujeres trabajadoras, en esta misma etapa se incrementa la duración de la licencia de ocho semanas a doce, su normatividad se encuentra contenida en el Código Sustantivo del Trabajo (artículos 236 y ss), la Ley 100 de 1993 (Ley General de la Seguridad Social), la Ley 755 de 2002, la Ley 823 de 2003 y la Ley 1468 de 2011 (Buitrago Escobar, 2014, p. 97)

Entonces, el reconocimiento de este derecho a la licencia por maternidad abarca la prestación económica, prestación sanitaria y la protección de la situación de indefensión del recién nacido o del menor adoptado. Finalmente, la maternidad laboral se vio reforzada, dado que se ha impedido que cualquier trabajadora sea despedida por razón o motivo de su embarazo, de allí que se aplica la presunción legal que todo despido de la madre gestante será considerado nulo, cumpliendo además con lo señalado por el Convenio 103 de la OIT, la Recomendación N° 95 y N° 191 del mismo organismo internacional que establece la protección del empleo que amplía la protección de las mujeres y su inclusión en la economía formal y protección de su estabilidad laboral y social.

### **3.4.2. España**

En el caso del ordenamiento jurídico español, la protección social de la madre trabajadora gestante cubre las tres principales fases del proceso del embarazo, esto es, el

embarazo, parto y el puerperio, y que además en materia de seguridad social se ha señalado que “esta regulación legal que trae causa en la actualidad de la breve, pero compleja evolución histórica del Sistema español de Seguridad Social, cuyos orígenes se retrotraen al año 1900” (Martínez Girón, 1990, p. 111).

De esta manera, se parte de la premisa que la inclusión en el ámbito laboral de la mujer y más aún en estado de gestación ha generado ciertas situaciones de incapacidad para el normal desarrollo de sus actividades laborales, así estas situaciones se pueden presentar de un lado como las patologías propias del embarazo y de otro la exposición de agentes u condiciones de trabajo que influyan negativamente en la salud de la madre o del feto, en consecuencia el escenario antes descrito convierte a la madre gestante en una trabajadora sensible y pasible de protección, dado que es más vulnerable a ciertos riesgos, por lo que dando cumplimiento a sus recomendaciones,

la Directiva del Consejo de Europa 92/85/CEE, del 19 de octubre de 1997 dictan medidas para promover la mejora de la salud y seguridad en el trabajo de la mujer trabajadora y previamente la Directiva Marco 89/391/CEE del 12 de junio de 1989. Se ha expedido la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, donde en su artículo 35º contiene una regulación mediante la cual obliga al empresario a garantizar la protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos (Martínez Astorquiza, 2005, p. 15)

Entonces, el ordenamiento jurídico español dando cumplimiento a las recomendaciones internacionales contempla la obligación por parte del empleador de identificar aquellos riesgos que puedan ser peligrosos para la salud de las madres gestantes, tanto para ella como para el feto. De esta manera, “la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por RDL 1/1994 de 20 de junio, amplía las prestaciones

económicas del sistema, incluyendo la prestación económica por riesgo durante el embarazo” (Martínez Astorquiza, 2005, p. 16)

La prestación económica a la que se refiere, tiene la calidad de subsidio y a diferencia de nuestro país, en España se le otorga frente a un posible riesgo del embarazo, mientras que en nuestro país busca cubrir las necesidades de la madre y del feto, debiendo además diferenciarse de la licencia que se concede de igual manera, con ello se evidencia que se protege a la madre gestante en las 3 etapas expuestas inicialmente.

En cuanto al plazo se tiene que.

estos descansos por lo general consisten en 16 semanas ininterrumpidas, prorrogables a 18 en caso de parto múltiple, de ellas 6 como mínimo, se disfrutarán con posterioridad al parto. En caso de adopción o acogimiento, si el niño es menor de nueve meses, el periodo de descanso será de 16 semanas, si es mayor de dicha edad y menor de cinco años, el descanso será de seis semanas (Cervantes Anaya, 2009, p. 122).

Consideramos que, por el principio de igualdad, los plazos deben ser iguales tanto para las madres biológicas como para las adoptivas.

### **3.4.3. Chile**

En el caso del ordenamiento jurídico chileno se reconoce a su vez la importancia de la inclusión de la mujer y madre en el ámbito laboral, reconociendo a favor de la madre gestante el otorgamiento de subsidios y licencias, además de que el ámbito de aplicación de estos beneficios comprende todas las instituciones públicas y privadas, por ende, en cuanto a la licencia o descanso por maternidad se tiene,

cuando se trata del descanso prenatal: seis semanas antes del parto, postnatal: doce semanas después del parto, y postnatal parental: doce o dieciocho semanas (dependiendo de si la madre se queda en casa o si regresa a trabajar

por media jornada) después del postnatal recién mencionado (Strain, 2004, p. 15)

Estos plazos, además pueden verse ampliados en los siguientes casos,

Descanso prenatal suplementario: en caso de enfermedad durante el embarazo.

Descanso prenatal prorrogado (parto tardío): en caso de que el parto se produjera después del descanso prenatal (6 semanas). Este descanso se extenderá hasta el nacimiento del niño/a y a partir de esa fecha se contará el descanso postnatal.

Descanso postnatal suplementario: en caso de enfermedad como consecuencia del parto.

Si el niño o niña nace antes de la semana 33 de gestación, o si nace pesando menos de 1.500 gramos, el descanso postnatal será de 18 semanas.

En caso de partos múltiples, el descanso se extiende siete días por cada niño a partir del segundo.

Si ocurren estas dos circunstancias simultáneamente, el descanso será el de mayor duración (Strain, 2004, p. 16)

Como se advierte, el derecho chileno laboral y de seguridad social, establece a nuestro criterio un verdadero criterio de regulación cuando se trata de la madre gestante, situación que no se presenta en el Perú, y que debe verse implementado teniendo como sustento la protección de la mujer y del feto, para tal efecto se deben flexibilizar las normas impuestas por el empleador y evaluar la adopción de estos mecanismos, a fin de que una vez la mujer se reincorpore a su centro de trabajo, labore de manera productiva, sin que afecte el desarrollo empresarial. Conviene a su vez precisar que este derecho de descanso se aplica a la madre adoptante y el padre goza de determinados derechos como lo son,

el permiso pagado de cinco días en caso de nacimiento de un hijo, permiso postnatal parental, si es que la madre decide traspasarle semanas, pudiendo traspasar un máximo de seis semanas a jornada completa; derecho a sala cuna mantenida o financiada por la empresa en que trabaja, si es que ya es exigible al empleador (es decir, si en la empresa ya hay 20 ó más trabajadoras mujeres) y si, por sentencia judicial, se le ha confiado el cuidado personal de un menor de dos años (Strain, 2004, p. 17)

En el caso de nuestro país, únicamente se ha implementado el lactario, más no el derecho a la sala cuna, entre otros derechos a los que goza el padre del menor, nuevamente evidenciamos el avance notable e importancia que se brinda a las madres gestantes y al padre, con ello se busca salvaguardar algo más que el desarrollo empresarial y la productividad, se busca proteger y fortalecer la institución de la familia como célula básica de la sociedad.

Asimismo, se ha implementado, la denominación del Fuero Maternal, entendido como,

el derecho que tiene toda mujer trabajadora a no ser despedida por su empleador, sino con autorización del juez competente, quien sólo podrá concederla en los casos de las siguientes causales: vencimiento del plazo convenido, conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato o hechos imputables. Ese fuero dura un período equivalente al doble de la duración de su permiso, a contar de los diez días anteriores al comienzo del uso del mismo (Congreso Nacional de Chile, 2019, p. 6)

Este derecho es eficazmente realizado en los juzgados de trabajo o laborales como es denominado en nuestro país, de la misma manera se concede el subsidio maternal equivalente a las remuneraciones de los 3 últimos meses.



## **CAPÍTULO IV**

### **COMPARACIÓN DE LOS REGÍMENES SIS Y ESSALUD, EN CUANTO A LA PROTECCIÓN QUE SE OTORGA A LAS MUJERES TRABAJADORAS EMBARAZADAS**

#### **4.1. Régimen Seguro Integral de Salud – SIS**

La implementación de este seguro se sustenta en la necesidad de garantizar el acceso a la salud de las personas, y como parte del Sistema de Salud de nuestro país se sustenta en el artículo 7° y 11° de nuestra Constitución Política de Estado, este último artículo señala que el Estado tiene el deber de garantizar el acceso a las prestaciones de salud, así el origen del denominado SIS “se da en el 2001 como la integración del Seguro Escolar Gratuito (SEG) y el Seguro Materno Infantil (SMI), previa creación de la Unidad de Seguro Público, una instancia transitoria” (Defensoría del Pueblo, 2007, p. 12).

Como se advierte, el nacimiento de los dos seguros fue creado en años distintos, así el SEG fue implementado en el año 1997 y tenía por objeto cubrir a la población escolar matriculada en escuelas públicas a nivel nacional, dicho programa fue más allá dado que logró cubrir el acceso a la prestación de servicios de salud en cuanto a niños en etapa escolar se refiere. En tanto el SMI fue creado en el año 1998 y tuvo por finalidad garantizar el acceso a la salud de los niños menores de 5 años, por lo que la unión de estos primeros seguros bajo la denominación de SIS buscaban incorporar a mayores beneficiarios que los niños e ir a las poblaciones vulnerables, presentándose cambios en la forma de adscripción territorial, así

para el año 2002 mediante Ley N° 27657, Ley del Ministerio de Salud, se crea el Seguro Integral de Salud (SIS), entidad considerada dentro de los

Organismos Públicos Descentralizados del MINSA, y es en estas circunstancias que el aseguramiento universal fue declarado como prioridad en el año 2005. Después de muchas concertaciones y debates culminó con la Ley N° 29344, Marco del Aseguramiento Universal en Salud, promulgada el 8 de abril del 2009, la cual establece el marco normativo que garantiza el derecho de toda persona a la seguridad social en salud y, además, norma el acceso y las funciones de regulación, financiamiento, prestación y supervisión del aseguramiento (Arteta Latorre, 2016, p. 84)

El seguro integral de salud, dando cumplimiento a lo señalado en el artículo 7° de la Ley General de Salud y disposiciones constitucionales crea este seguro con carácter universal al que todos los ciudadanos peruanos deben ser inscritos para tal efecto se delimita la política nacional de aseguramiento universal en salud, donde se promueve no solo los principios de universalidad, solidaridad, sino también el acceso igualitario y con equidad sobre todo teniendo en cuenta a la población vulnerable, en situación de pobreza y extrema pobreza, lamentablemente, lejos de establecer un criterio igualitario y equitativo, se tiene que

para el año 2011, el SIS contaba con dos esquemas de afiliación: el subsidiado, dirigido para personas en situación de pobreza o pobreza extrema, y el semisub subsidiado, para personas con limitada capacidad de pago y sin otro seguro de salud -el cual incluye al SIS Microempresas para sus trabajadores. Actualmente, el SIS cuenta con cuatro categorías de seguros, que varían según las condiciones de los beneficiarios: SIS gratuito, SIS emprendedor, SIS microempresas y SIS independiente. El primero de ellos corresponde a un esquema totalmente subsidiado, mientras que los últimos tres, a un esquema semi contributivo o con subsidio parcial (Ministerio de Salud, 2004, p. 12)

Como se advierte, desde sus orígenes se establecen la implementación de diversos seguros, nosotros atribuimos especial atención al seguro para las microempresas, el mismo que es subsidiado parcialmente por el Empleador y el saldo restante debe ser complementado por el Estado, en cuanto a los montos y porcentajes serán analizados con posterioridad, previo a ello corresponde analizar los tipos de seguros regulados, en tal sentido analizamos el primer tipo de seguro denominado *SIS Gratuito*, el mismo que

ofrece cobertura integral sin costo alguno para personas y familias que estén identificadas en condición de vulnerabilidad, es decir, en condición de pobreza o pobreza extrema, sin límite de edad. Este régimen gratuito cubre prestaciones de salud del plan esencial de aseguramiento en salud, así como cobertura extraordinaria y del plan esperanza para enfermedades complejas, como cáncer y otros de altos costos (Ministerio de Salud, 2004, p 78)

Este tipo de seguro, se encuentra guiado por el criterio de protección a personas pobres y extremadamente pobres; para la afiliación de este tipo de seguro se puede recurrir a la modalidad regular, la misma que está dirigida a aquel sector de la población calificado como pobre o extremadamente pobre, los mismos que deberán contar con documento de identidad y no deben estar adscritos a otro tipo de seguro, para tal efecto se recurre a los censos realizados anualmente por el INEI o Gobiernos Locales; la modalidad directa es aplicable a las gestantes, menor de cinco años, bomberos y personas en situación de abandono, en este ítem la ley no diferencia a qué clase de gestantes se refiere o si es aplicable a las gestantes trabajadoras; la última modalidad directa temporal, aplica a los pobres y extremadamente pobres que no cuenten con documento de identidad por lo que durante el plazo que dura el seguro se deberán realizar los trámites correspondientes para la obtención del documento de identidad.

De otro lado, el denominado *SIS Emprendedor*, está dirigido a todos aquellos,

contribuyentes que aportan al nuevo régimen único simplificado (RUS) que se encuentran en las categorías 1 y 2, es decir, aquellos que aportan S/. 20 o S/. 50 mensuales a la SUNAT. Asimismo, los titulares del SIS Emprendedor también pueden afiliar a sus derechohabientes, es decir cónyuge o concubina(o), los hijos menores de edad, los hijos mayores con incapacidad total y permanente para el trabajo (Ministerio de Salud, 2004, p. 78)

Este tipo de seguro, a diferencia del anterior, es que el asegurado debe acreditar pertenecer al nuevo régimen simplificado, además de haber pagado sus aportes a la SUNAT por lo menos los 3 meses consecutivos a la afiliación, no tener otro seguro de salud, contar con documento de identidad; asimismo este seguro brinda cobertura financiera que comprende diversos diagnósticos, entre ellas las enfermedades de alto costo, atenciones médicas, medicamento, análisis de laboratorio, traslados, intervenciones quirúrgicas, hospitalización entre otros. Para formar parte de este tipo de seguro, la afiliación será automática en la medida que la SUNAT envía al SIS un reporte de todos los contribuyentes pertenecientes al RUS que cumplan con los requisitos antes señalados, no obstante este seguro puede ser retirado en los siguientes casos “si se hace acreedor a otro seguro de salud, si deja de ser contribuyente al RUS, si contrata trabajadores para tu negocio, cuando pasa al régimen especial o general, cuando da baja su RUC, cuando voluntariamente solicita tu desafiliación, entre otros” (Ministerio de Salud, 2004, p. 79).

Seguidamente se tiene el *SIS microempresas*, el cual surge con la dación de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, regulado mediante Decreto Supremo N° 007-2008-TR, mediante el cual se crea las micro empresas y pequeña empresa en cuyo artículo

48° establece que los trabajadores y conductores de las microempresas serán afiliados al componente semisubsidiado del seguro integral de salud y correspondiendo la afiliación además a sus derechohabientes, para tal efecto conviene definir qué se entiende por microempresa,

es aquella empresa o persona natural que tiene ventas anuales hasta el monto máximo de 150 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), conforme a las definiciones y alcances contenidos en la Ley N° 30056, Ley MYPE y en su Reglamento, esto (Ministerio de Salud, 2004, p. 80).

Este seguro, es aplicable a toda persona que preste servicios bajo el régimen laboral especial establecido en la ley antes mencionada y a sus derechos habientes, los cuales son el cónyuge o concubina del titular, los hijos e hijas menores de 18 años y los hijos e hijas mayores de 18 años, con incapacidad absoluta para el trabajo, de otro lado cuando la ley refiere el término subsidio “alude a que una parte del aporte será abonada por el empleador y la otra por el Estado. La empresa debe aportar el 50% de la aportación mensual y el Estado el restante 50%” (Ministerio de Salud, 2004, p. 80). En cuanto al proceso de afiliación, este al igual que el caso anterior, el Registro de Micro y Pequeñas Empresas (REMYPE) remitirá al SIS la lista de los trabajadores y derechohabientes, así como se generarán las cuotas de pago por cada trabajador, en cuanto al pago mensual,

para la afiliación de cada trabajador o conductor de la microempresa y de sus derechohabientes, corresponde al cincuenta por ciento (50%) de la aportación familiar establecida en el PEAS (Plan Especial de Aseguramiento de Salud) señalado por el D.S. N° 007-2012-SA. Dicho monto deberá ser abonada por mes adelantado por la Microempresa. El SIS recibirá de la entidad recaudadora el archivo de cuotas pagadas, actualizará la cuenta corriente de los trabajadores

y reportará al REMYPE quincenalmente la relación de microempresas que no han cumplido con el pago del aporte mensual (Medina Araujo, 2019, p. 3)

Como bien se advierte, el Decreto Supremo N° 004-2007-SA, ha sido derogado por el Decreto Supremo N° 007-2012-SA, establece la sustitución del listado priorizado de intervenciones sanitarias por el plan esencial de aseguramiento en salud, por ende, la cobertura del seguro durará en la medida que el titular del seguro mantenga vínculo laboral, no obstante, hay un caso en particular en mérito del cual el asegurado mantiene la cobertura de dicho seguro aun cuando se ha perdido el vínculo laboral, a través de denominado periodo de latencia, el cual debe cumplir con los siguientes criterios,

el asegurado titular deberá presentar a la oficina desconcentrada del SIS de su jurisdicción, una solicitud con carácter de declaración jurada solicitando el derecho de cobertura por desempleo, y dentro del plazo de ley. El SIS verificará la solicitud, emitiendo la aprobación o denegación. El periodo de latencia que se otorgue se iniciará un (1) día después del vencimiento de la fecha del último pago, hasta por un período de tres (3) meses, según corresponda. Los periodos de latencia según los pagos realizados son por 3 a 5 meses de aportaciones, 1 mes de latencia; por 6 a 8 meses de aportaciones 2 meses de latencia; por 9 o más meses de aportaciones le corresponde 3 meses de latencia (Medina Araujo, 2019, p. 4)

Si bien es cierto, el periodo de latencia busca la protección del asegurado y de su familia frente al desempleo del titular del seguro, la citada ley no ha tomado en cuenta los casos de despido arbitrario, nulo o injustificado en los cuales ante un posible medida cautelar el trabajador es repuesto, y aunado la carga procesal existente y la demora en la tramitación de procesos judiciales, los periodos de latencia que establece con irrisorios y

limitados frente a un posible acceso a la salud en casos de emergencia, de allí que este seguro puede convertirse en vulnerador de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores pertenecientes a las microempresas.

Finalmente, tenemos el *SIS independiente*, esta “dirigido principalmente a los trabajadores independientes, estudiantes universitarios, menores dependientes y personas de la tercera edad, residentes en el territorio nacional, que no cuentan con otro seguro de salud” (Ministerio de Salud, 2019, p. 1), entonces para acceder a este seguro no se necesita el cumplimiento de determinados criterios como es pertenecer a una población vulnerable, tener un vínculo laboral específico con alguna empresa, o pagar tributos, la principal características de este seguro, a nuestro entender, es de carácter abierto y accesible a todos los ciudadanos peruanos y/o extranjeros que vivan en el territorio nacional y que además no cuenten con otro seguro de salud.

De manera similar a los seguros anteriores, la cobertura que brinda a todos los asegurados es de carácter financiero que comprende más de 1,4000 diagnósticos, planes complementarios, enfermedades de alto costo, enfermedades raras, atenciones médicas, medicamento, análisis de laboratorio, intervenciones quirúrgicas, hospitalización, traslado, subsidio de sepelio, entre otros.

De allí que los requisitos para afiliarse a este seguro, es contar con documento de identidad y no estar adscrito a otro seguro de salud ya sea de carácter público o privado, no obstante, este seguro supone una aportación mensual que estará a cargo del titular del seguro, cuyo aporte mensual será de S/.39.00 soles, salvo que se incluya dentro de los asegurados al derecho habiente, por lo que existen tres modalidades de afiliación al SIS independiente, las cuales son,

Afiliación individual: Conformada por un único asegurado, quien asume las obligaciones establecidas en el contrato del seguro de salud.

Afiliación familiar: Para el titular + sus derechohabientes (cónyuge o concubina, hijos menores de edad, hijos mayores de edad con incapacidad total y permanente para el trabajo)

Afiliación para menores dependientes: Para menores de 18 años, hijos o no del titular (hermano, sobrino, nieto, u otro), que vivan con el titular y esté bajo su tutoría (Ministerio de Salud, 2019, p. 2).

Si bien es cierto, no existe límite de edad para acceder a este seguro, ello a razón del derecho a la salud que gozamos todas las personas, se establece que cuando se trata de personas mayores de 60 años el seguro debe realizarse de manera individual, más no como derecho habiente. No obstante, un aspecto materia de análisis y crítica es sobre la continuidad del servicio, pues se establece que,

el seguro pasará a inactivo si no cumple con pagar sus aportaciones mensuales, la cobertura del seguro quedará suspendida hasta que regularices los pagos respectivos, la cual se activará a partir del día de efectuado el pago, pero sin efecto retroactivo. En caso de incumplimiento del pago de tres (03) aportaciones consecutivas, el contrato se anulará automáticamente (Ministerio de Salud, 2019, p. 2).

Sobre lo citado consideramos que se debe reevaluar los criterios por los cuales el seguro pasa a inactivo, pues si bien el aporte mensual es importante para la atención médica, no es determinante para lesionar el derecho a la salud frente al bien económico e inclusive este tipo de seguro posee un carácter discriminatorio, ya que, en cuanto al plazo de atención,



El SIS Independiente tiene un periodo de carencia de 30 días desde la fecha de afiliación para consultas externas, excepto las atenciones de emergencia y las prestaciones preventivas promocionales relacionadas a las condiciones de Población Sana. Asimismo, tiene un periodo de espera de 2 meses desde el fin de la carencia para casos de tratamientos quirúrgicos de patologías o daños previamente establecidos (Ministerio de Salud, 2019, p. 2).

Es decir, el periodo de carencia debe ser entendido como el tiempo en el cual el asegurado no podrá recibir atenciones regulares a las contempladas en el contrato, la norma no precisa el sustento por el que se adoptado dicho criterio, sobre el que consideramos lesionado de derechos fundamentales, pues a diferencias de los dos tipos de afiliaciones anteriores, en este seguro independiente se tiene que esperar 30 días calendarios para que recién el asegurado puede hacer uso de dicho seguro, y si bien se establece como excepción los casos de emergencia están deben estar relacionadas a lo que se denomina como población sana, situación que conlleva a subjetividades e injusticias al momento de solicitar la atención.

#### **4.2. Régimen de Seguro Social de Salud – EsSalud**

En nuestro país otro seguro de carácter público, es el denominado seguro social de salud (EsSalud), el mismo que pertenece al sistema de salud, este último es,

el sistema nacional coordinado y descentralizado de salud que tiene por finalidad coordinar el proceso de aplicación de la política nacional de salud.

Está conformado por el Ministerio de Salud, los Gobiernos Regionales, el Seguro Social de Salud, los servicios de salud de las municipalidades, las sanidades de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, las universidades y la sociedad civil (Ministerio de Trabajo, 2005, p. 48).

De allí que, la aplicación de todas estas políticas se encuentra comprendidas en la Ley N°26790, denominada Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, que comprende el régimen de carácter contributivo del cual se encuentra a cargo EsSalud. Brevemente analizaremos el origen de este tipo de seguro, así

El Seguro Social de Salud fue creado sobre la base del ex Instituto Peruano de la Seguridad Social (IPSS) como organismo público descentralizado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Sector Trabajo y Promoción del Empleo. La Ley de Presupuesto del Sector Público del año 2011 (Ley N° 29626), incorpora al Seguro Social de Salud bajo el ámbito de regulación presupuestaria del FONAFE, quedando sujeta a sus normas de gestión, directivas y procedimientos (Ministerio de Trabajo, 2005, p. 48).

El nacimiento de este sistema se da dentro del sector de trabajo, por lo que la cobertura de este sistema era complementada por las empresas o entidad empleadora. EsSalud conformaba parte del Sistema de Salud, lo que implicaba una organización y coordinación entre las Administradoras de Fondos de Aseguramiento en Salud (IAFAS) que “administrar los fondos destinados a financiar las prestaciones de salud u ofrecer cobertura de riesgos de salud a sus afiliados” (Ministerio de Trabajo, 2005, p. 49), asimismo con las Instituciones Prestadoras de los Servicios de Salud (IPRESS) que “son todos aquellos establecimientos públicos, privados o mixtos categorizados y acreditados por la autoridad competente y registrados en la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud (SUSALUD), autorizados para brindar los servicios de salud” (Ministerio de Trabajo, 2005, p. 49), finalmente SUSALUD es un organismo público técnico especializado perteneciente al Ministerio de Salud, que goza de autonomía funcional y económica, además de tener potestad administrativa y sancionadora, de conformidad con lo señalado en el D. S. N° 020-2014-SA.

De conformidad con la ley antes citada, el seguro social de salud (EsSalud) brinda las siguientes prestaciones,

*Prestaciones preventivas y promocionales de la salud:* tienen por objeto conservar la salud de la población, minimizando los riesgos de su deterioro.

*Prestaciones de recuperación de la salud:* tienen por objeto atender los riesgos de enfermedad, e incluyen la atención médica, tanto ambulatoria y hospitalización, las medicinas, etc. Por su parte, la prestación por maternidad consiste en el cuidado de la salud de la madre gestante y la atención del parto, extendiéndose al período de puerperio y al cuidado de la salud del recién nacido.

*Prestaciones de bienestar y promoción social:* comprenden las actividades de proyección y ayuda social, así como de rehabilitación para el trabajo, orientadas a la promoción de la persona y a la protección de su salud.

*Prestaciones económicas:* comprenden subsidios por incapacidad temporal, maternidad y lactancia, así como prestaciones por sepelio (Arroyo Laguna, 2000, p. 51)

Podemos identificar que los servicios que brinda EsSalud, se dividen en las funciones preventivas y de bienestar y promoción tiene el carácter de ser socializables, pues la ejecución de estas actividades están dirigidas a toda una población ya sea con fines preventivos o promoción de determinadas áreas de la salud; en tanto las prestaciones de recuperación de la salud y económicas, poseen un ámbito de aplicación mucho más individualizado, donde la ejecución de las prestaciones está supeditada al cumplimiento de determinados requisitos para su efectivizarían. Ahora, centraremos nuestro análisis en aquellas prestaciones de recuperación de la salud, de manera específica aquellas referidas

a la madre gestante, donde se garantiza el cuidado y protección tanto a la madre como al recién nacido, en sus dos etapas, durante y después del embarazo, entendemos que la protección es independientemente del régimen laboral en que se encuentre.

En cuanto al régimen contributivo del cual goza EsSalud, es financiado por las empleadoras, así se señala,

el financiamiento está a cargo de los empleadores, 9% de la remuneración asegurable del trabajador activo, y con aportes a cargo de los pensionistas, 4% de su pensión. Los asegurados pueden decidir trasladar la cuarta parte de su aporte a la EPS de su preferencia, estando ésta obligada a prestarle los servicios del Plan Esencial de Aseguramiento en Salud (PEAS); la capa compleja se mantiene bajo responsabilidad de EsSalud (Seguro Social de Salud). La decisión de optar por una EPS se toma colectivamente a nivel de cada empleador, y no individualmente (Aramburu, 2008, p. 86)

Es decir, el pago que es realizado por empleador abarca el 9% cuando se trata de trabajadores activos y 4% cuando se trata de pensionistas, si bien es cierto el pago es realizado por el empleador, los trabajadores pueden solicitar el pago de la cuarta parte a su EPS que consideren convenientes, estas últimas están en la obligación de brindarle todos los servicios del plan de aseguramiento, ahora bien la decisión de remitir dicho porcentaje a una EPS no es propiamente o individualmente del trabajador, sino del empleador. Ahora bien, cuando el empleador contrata una EPS se genera un crédito entre este con EsSalud, los mismos que equivalen al 25% de los aportes de los trabajadores, sin exceder los límites establecidos por la Ley N° 26790.

Como hemos señalados líneas arriba, EsSalud o también denominado Seguro Social de Salud, concede prestaciones de prevención, recuperación y promoción de la

salud; sino también concede otras de carácter económico, conocido como subsidios, dentro de los cuales existen,

El *subsidio por incapacidad temporal*, se otorga con el objeto de resarcir las pérdidas económicas de los afiliados regulares en actividad. Equivale al promedio diario de las remuneraciones de los 12 meses inmediatamente anteriores al inicio de la incapacidad, multiplicado por el número de días de goce de la prestación. Cubre el pago en un período máximo de once meses y 10 días consecutivos; o de 540 días en un lapso de 36 meses.

El *subsidio por maternidad* se otorga con el objeto de resarcir el lucro cesante de la afiliada regular como consecuencia del alumbramiento y de las necesidades de cuidado del recién nacido. Se otorga por 98 días, pudiendo éstos distribuirse en los períodos inmediatamente anteriores o posteriores al parto, conforme lo elija la madre, siempre que ella no realice trabajo remunerado durante estos períodos y exista opinión médica favorable a la acumulación de los periodos.

El *subsidio por lactancia* se otorga a favor del recién nacido, hijo de madre o padre afiliado regular, con el objeto de contribuir a su cuidado. El monto del subsidio por lactancia es de S/. 820.

La *prestación por sepelio*, por su parte, cubre los servicios funerarios por la muerte del asegurado regular. El monto máximo de la prestación por sepelio es de S/. 2.070 (Ministerio de Trabajo, 2005, p. 52).

Estos cuatro subsidios que brinda el seguro social de salud o EsSalud, es de nuestro especial interés el subsidio por lactancia y maternidad, en cuanto al monto señala que equivale al promedio diario obtenido de las remuneraciones de los 12 últimos meses

multiplicado por el número de días de goce de la prestación, es decir la licencia es concedida por 98 días, en único requisito es que durante el periodo de lactancia, no realice trabajo remunerado y que además exista opinión médica favorable a la acumulación de los periodos, sobre este último requisito consideramos que no es necesario dado que al ser este derecho reconocido por ley se faculta a la madre a solicitar por el plazo completo de 98 días o fraccionarlo 49 días antes y posterior al parto. En tanto, sobre el subsidio por lactancia, este tiene por objeto proteger al recién nacido de allí que se ha dispuesto que el monto a otorgar es de S/. 820, suma irrisoria pero que de alguna manera contribuye a paliar con los gastos derivados del parto y la crianza del menor.

Es ineludible precisar que las prestaciones antes mencionadas, que son otorgadas por el seguro social de salud o EsSalud, no deben tener una cobertura inferior a la establecida en el plan esencial de aseguramiento de salud, el mismo que también es aplicable para el SIS, de lo contrario se estarían lesionando diversos bienes jurídicos, además de vulnerar el principio de legalidad contenido en el D.S. N° 008-2010-SA, Reglamento de la Ley N° 29344 – Ley Marco de Aseguramiento Universal y su respectiva texto único ordenado.

Ahora bien, reflexiones sobre el financiamiento de EsSalud o seguro social, sobre el que se ha manifestado que,

en mérito al Principio de Solidaridad, toda la población tiene la corresponsabilidad (conjuntamente con el Estado) de participar en el financiamiento del sistema; lo cual no sólo garantiza su equilibrio, sino además su sostenibilidad en el tiempo. En consecuencia, esta es una expresión concreta de ciudadanía, en tanto sujetos de derecho; pero también de obligaciones con nuestros conciudadanos y con las generaciones futuras (Del Carmen Sara, 2013, p. 43)

Con ello, se expresa que dada la universalidad del acceso a la salud, solidaridad de los ciudadanos para con el Estado, y progresividad de los derechos se debe contribuir con el progreso del Estado a fin de que este implemente mejoras en dicho sector a fin de alcanzar cierto nivel equilibrio económico que permita asegurar la eficacia de las prestaciones adecuadas y sostenidas en el tiempo, la cual se realizará mediante la adopción de políticas públicas sanitarias, por ende toda la población debe financiar de manera directa con el Estado y la población pasiva como parte de un proceso de solidaridad entre nuestros conciudadanos, esta forma de financiamiento se logra mediante la capitalización de sus propios intereses, ahora bien, esto no debe confundirse con los derechos y deberes tributarios, por el contrario trasciende a este y busca la sostenibilidad de este sistema.

Existen otros seguros de carácter público, que han sido implementados en el marco del seguro social de salud, entre los que tenemos,

El *Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo* (SCTR) fue creado por la Ley N° 26790 y otorga cobertura adicional a los afiliados regulares del Seguro Social de Salud que desempeñan actividades de alto riesgo, determinadas en el Anexo 5 del Decreto Supremo N° 003-98-SA, Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (Ministerio de Trabajo, 2005, p. 54).

La gestión de este seguro está a cargo de EsSalud y de las entidades prestadoras de salud, y las prestaciones que brinda se dan en casos de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, de los cuales se encarga, la corriente de la salud ocupacional y las prestaciones económicas por invalidez temporal o permanente además de los gastos de los sobrevivientes o por sepelio, este seguro no tiene el carácter de obligatorio y puede ser afiliado de manera potestativa por los empresarios, microempresarios, trabajadores, entre otros; de igual manera las tarifas y aportes de este seguro tiene el carácter de

potestativo. El ente encargado de supervisar el cumplimiento y eficacia de este seguro es la Superintendencia Nacional de Salud (SUSALUD), de conformidad con el “Decreto Supremo N° 008-2010-SA Reglamento de la Ley N° 29944 Ley de Aseguramiento Universal en Salud y el TUO de dicha norma, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2014-SA” (Ministerio de Trabajo, 2005, p. 54). En tanto que, los aspectos relativos a pensiones y/o indemnizaciones están a cargo de la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS).

#### 4.3. Comparación entre ambos regímenes SIS y EsSalud sobre la protección a las mujeres trabajadoras gestantes

Habiendo analizado los orígenes de ambos sistemas, sus principales características, corresponde comparar ambos sistemas en cuanto a la protección de la madre gestante se refiere, además de evaluar otros criterios tales como el acceso a estos servicios, la cobertura, entre otros. Esto lo podemos observar en la siguiente tabla 2.

**Tabla 2**

#### **Comparación entre régimen SIS y EsSalud**

<b>Seguro Integral de Salud (SIS)</b>	<b>Seguro Social de Salud (EsSalud)</b>
Ofrece un servicio de salud integral en diferentes redes tanto de Lima como las provincias, el trabajador puede atenderse en cualquier momento en estas redes de salud. Los trabajadores tiene la posibilidad de programar una cita por la urgencia en el mismo día. Los aportes son mínimos, lo que genera un ahorro.	Sólo puede atenderse en los policlínicos luego de haber enviado una solicitud de atención cada 20 días.
En caso de hospitalizaciones, los tiempos para programar un internamiento son relativamente cortos.	En este sistema para la programación de una cita los tiempos se extienden por semanas e incluso meses.
Se cuenta con un chequeo preventivo anual cubierto al 100% por el SIS, lo que es importante para prevenir enfermedades, controlar enfermedades, etc.	Los aportes son realizados por cada asegurado y derechohabiente, no se considera un ahorro.
Se permite la afiliación de los derechohabientes, es decir del cónyuge, conviviente e hijos hasta los 18 años.	En caso de hospitalizaciones, los tiempos para programar un internamiento pueden demorar meses.
	Los chequeos son limitados y además no se tienen programas para enfermedades crónicas, no se valora aspectos como la prevención.
	Se permite la afiliación de los derechohabientes, es decir del cónyuge,



---

Si procede el reembolso, es decir si el asegurado se atiende con un médico particular que no está bajo el SIS, puede presentar su gasto y se le devolverá.

Existen cuatro tipos de coberturas de seguro establecido por el SIS: Empresarial, Gratuito, Microempresas e Independiente, es decir permite la protección de la salud a aquellas personas que no están en planilla.

El SIS posee afiliados que nunca han realizado aportes directos, como es el caso de personas en situaciones de pobreza extrema, estamos ante un SIS gratuito.

En el caso del SIS independiente se requiere que el asegurado no cuente con otro seguro de salud.

Se ha convertido en la principal fuente de aseguramiento de la población peruana.

Se garantiza en una mayor medida el acceso a los servicios de salud y la calidad de vida.

El SIS es un seguro público, enfocado en personas en situación de pobreza, pero también existen los seguros para emprendedores, microempresas y trabajadores independientes. Cubre medicamentos, procedimientos, operaciones, insumos y bonos de sepelio, así como traslados según el tipo de SIS.

En el caso de las microempresas, el SIS es aplicable bajo un régimen semi contributivo, donde el empleador aporta únicamente S/. 15.00, conforme el artículo 4° del D.S. N° 004-2007-SA, a la fecha derogado por el D.S. N° 007-2012-S.A. que actualmente regula la lista del plan esencial de aseguramiento en Salud y plan complementario del SIS, situación que se vulnera en el caso de las madres gestantes trabajadoras, carecen de prestaciones económicas.

conviviente e hijos hasta los 18 años, salvo incapacidad demostrada.

No procede el reembolso en caso se desee acudir a clínicas particulares.

El seguro social de salud se aplica únicamente a los trabajadores inmersos en planilla.

Se realiza una aportación mensual y el criterio de una prestación gratuita no es aplicable.

En el caso de los trabajadores independientes se les permite optar por un EsSalud Potestativo, sin que ello afecte algún seguro particular.

Es una fuente de aseguramiento, pero no es considerada la primordial.

La lentitud del sistema y la demora en cuanto a citas, controles y chequeos atenta contra el derecho a la salud y la vida del asegurado. No se garantiza la calidad de vida.

Este seguro es aplicable a los trabajadores dependientes, cuenta con cobertura para trabajos riesgosos e indemnizaciones por accidentes. Brinda los servicios de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación y prestaciones económicas y sociales (subsidios.)

No es aplicable a las microempresas el seguro social de salud, pero si lo hubiera sido por mandato de ley, se obligaba a los empleadores a realizar un aporte equivalente a una tasa de 9% (Ej. Pedro su remuneración es de 1,000 soles, el aporte si estuviera en EsSalud sería de S/. 90.00), ello significa un gran ahorro empresarial para las MYPES que el legislador haya optado por el SIS y no por EsSalud.

## CAPÍTULO V

### VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LAS TRABAJADORAS GESTANTES PERTENECIENTES AL RÉGIMEN SIS MICROEMPRESA Y PROPUESTA DE SOLUCIÓN

#### 5.1. Argumentos iniciales

La hipótesis planteada en la presente investigación es que el derecho a la seguridad social de las trabajadoras gestantes pertenecientes al régimen SIS microempresa se vulnera porque se deja de lado el cumplimiento del derecho a la igualdad y la progresividad de los derechos laborales y la seguridad social, dicha hipótesis ha quedado plenamente acreditada por los siguientes fundamentos.

Documentos internacionales tales como el Convenio N° 183 de la OIT contiene varios presupuestos que se deben adoptar a favor de la maternidad, así dicho convenio exige que los Estados miembro previa reuniones o mesas de trabajo entre los representantes de los empleadores y los trabajadores (sector empresarial y sindicatos/federaciones de trabajadores) se puedan adoptar medidas necesarias para garantizar la protección de las mujeres gestantes, que no se obliguen a desempeñar un trabajo que sea perjudicial para su salud y la salud del feto o recién nacido. En ese sentido, dicho documento internacional refiere como parámetros a regular:

- a) Protección de la salud: Significa evitar cualquier riesgo que pueda afectar la salud de la madre y del menor.
- b) Licencia de maternidad: Garantiza el derecho a una licencia de maternidad de 98 días, para ello se deberá acreditar previo certificado médico, donde se indique la fecha presunta de parto. Para tal efecto se tomarán en cuenta las siguientes reglas:  
La necesidad de proteger a la madre y al hijo, la licencia debe incluir 6 semanas

posteriores al parto salvo que la legislación nacional establezca otra forma y el periodo prenatal deberá prolongarse por un periodo equivalente al transcurrido entre la fecha presunta de parto y la fecha de parto efectivo, sin reducir la licencia (Valderrama Valderrama, 2015, p. 72)

- c) Licencia en caso de enfermedades y/o complicaciones: Tomando como base el certificado médico, se debe otorgar una licencia antes del periodo de licencia de maternidad, en caso de enfermedad o si hay complicaciones como consecuencia, la naturaleza y la duración será determinada por la legislación nacional.
- d) Prestaciones pecuniarias: Debe establecerse una cuantía que garantice a la mujer y a su hijo condiciones de salud apropiadas a un nivel de vida adecuado, la madre tendrá derecho a percibir prestaciones adecuadas con cargo a los fondos de asistencia social (Valderrama Valderrama, 2015, p. 72)
- e) Prestaciones médicas: El convenio obliga a proporcionales prestaciones médicas a la madre y a su hijo, de acuerdo a la legislación nacional las prestaciones médicas deben comprender la asistencia prenatal, la asistencia durante el parto, la asistencia después del parto, así como la hospitalización de ser el caso.
- f) Protección del empleo y no discriminación: El convenio señala que el empleador está prohibido de despedir a una mujer embarazada o durante las licencias anteriormente mencionadas o después de haberse reintegrado al trabajo durante el periodo que determine la legislación nacional, salvo por motivos que no estén relacionados al embarazo, nacimiento del menor o la lactancia. (Valderrama, 2015, p. 72).
- g) Madres lactantes: La madre tiene derecho a una o varias interrupciones por día o a una reducción diaria del tiempo del trabajo para dedicarse a la lactancia de su

hijo, así el periodo, duración diaria, tiempo, modalidades, entre otros debe ser establecida por la legislación nacional.

Todos esos parámetros antes mencionados han sido establecidos por el Convenio 183 de la OIT de los cuáles nuestra legislación partiendo de lo señalado en el artículo 4° de la Constitución Política del Perú (que el Estado protege a la madre y al niño) y a lo que nosotros agregamos el artículo 10° del mismo cuerpo legislativo que reconoce el derecho universal y progresivo de la seguridad social, nuestro país ha implementado legislativamente los siguientes dispositivos que buscan la protección de la madre y del niño en el ámbito laboral y de seguridad social tales como la licencia por maternidad (regulado mediante Ley N° 30367, D.S. N° 002-2016-TR) que precisa el derecho de la trabajadora de gozar de 49 días de descanso pre y postnatal, salvo en los casos de nacimiento múltiple o nacimiento de menor con discapacidad el descanso se extenderá 30 días adicionales.

Asimismo, se ha expedido el permiso por lactancia (regulado mediante Ley N° 27240), que señala que la madre trabajadora al término del periodo postnatal tiene derecho a una hora diaria de permiso por lactancia materna hasta que el hijo tenga un año de edad, si bien es cierto este derecho es ejercido fuera del centro de labores, en nuestro país se ha implementado los lactarios tanto en entidades pública y privadas.

De otro lado, se ha normado sobre las prestaciones de seguro social (mediante la Ley N° 29790 en sus artículos 9° e inciso b del artículo 12°, D.S. N° 009-97-SA en sus artículos 16° y 17°) donde se establece que además de las prestaciones preventivas, promocionales y de recuperación que otorgan los seguros públicos de salud, la madre tiene derecho a recibir dentro de las prestaciones económicas, los subsidios por maternidad y lactancia, el primero de ellos se otorga durante los 98 días posteriores al

alumbramiento, el segundo de igual manera y ambos tienen por finalidad cubrir las necesidades de la madre y apoyar al cuidado del recién nacido, ahora bien la citada ley en ninguno de sus artículos diferencia que este subsidio sea aplicable a régimen privado, público o sectorial como es el caso de la REMYPE. Seguidamente, en nuestro país se ha regulado sobre la protección de empleo y no discriminación mediante el D.S. N° 003-97-TR, en cuyo artículo 29° establece que todo despido de la mujer será considerado nulo si se produce como consecuencia de la gestión o del parto, así como la protección a favor de la mujer gestante que realice labores de riesgo mediante la Ley N° 28048 y el D.S. N° 009-2004-TR que obliga al empleador a adoptar las medidas necesarias para que las mujeres gestantes no realicen labores y/o actividades que pongan en riesgo su salud y la del feto.

Entonces, tanto las normas internacionales como las nacionales referidas a la protección de la mujer gestante trabajadora reconocen como derechos propios de la seguridad social, aquellos referidos a los subsidios por maternidad y lactancia independientemente de tipo de seguro que escojan, así como del régimen en el que se presenten.

Cuando nos referimos a los regímenes laborales, centraremos nuestra atención en las Micro y Pequeñas Empresas, que han sido

reguladas mediante Ley N° 28015, que señalaba el carácter temporal del régimen especial y la formalización de los trabajadores de las micro y pequeñas empresas. Posterior a ello se promulgó el D.S. N° 1086, que mantuvo los beneficios de las microempresas y determinando menores beneficios laborales para los trabajadores de las pequeñas empresas. En diciembre del 2013, entró en vigencia la Ley N° 30056 que modificó varias disposiciones de la Ley MYPE, entre sus modificaciones la denominación del TUO de la Ley de

Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, mediante D.S. N° 013-2013 (Vitteri Guevara, 2015, p. 102)

Lo anteriormente citado, refleja el nacimiento y evolución de las denominadas micro y pequeñas empresas como manifestación de un desarrollo y enfoque empresarial que aumente o contribuya con la producción y riqueza económica del país, así el objetivo de esta ley, era establecer el marco legal para la promoción y competitividad de las micro y pequeñas empresas, en cuanto a su formalización y desarrollo, el primero de ellos entendidos en términos de pagos tributarios y aranceles aduaneros, así como de cuestiones laborales conforme lo veremos posteriormente, así

Una MYPE es entendida como toda unidad económica constituida por una persona natural o jurídica, que tiene como objeto desarrollar actividades de extracción, transformación, producción, comercialización de bienes o prestación de servicios. Las micro empresas no necesitan constituirse como persona jurídica pudiendo ser conducida por su propietario persona natural, pudiendo adoptar la forma societaria de Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, pudiendo inclusive adoptar otras formas legalmente como cooperativas y otras modalidades autogestionarias (Vitteri Guevara, 2015, p. 103)

Estas organizaciones de conformidad con lo señalado en la Ley N° 30056, tienen que ubicarse dentro de los siguientes niveles de acuerdo a sus ventas anuales, así en primer lugar tenemos a las micro empresas (cuyas ventas anuales hasta el monto máximo de 150 UIT), la pequeña empresa (ventas anuales superiores a 150 UIT y hasta el monto de 1700 UIT), y la mediana empresa (ventas anuales superiores a 1700 UIT y hasta el monto de 2300 UIT); además se deberá promover la uniformidad en cuanto a los criterios de selección de una MYPE.

Al tener la calidad de empresa y por consecuente tiene dentro de su organización y gestión a trabajadores dependientes, con un vínculo laboral que genera derechos y obligaciones, estas MYPE se encuentran en la obligación de respetar los derechos fundamentales que surgen de dicho contrato, tales como:

Garantizar que los salarios y beneficios percibidos por los trabajadores cumpla, como mínimo, con la normatividad legal.

Respetar el derecho de los trabajadores a formar sindicatos y no interferir con el derecho de los trabajadores a elegir o no elegir y afiliarse o no a organizaciones legalmente establecidas.

Proporcionarle un ambiente seguro y saludable de trabajo.

No utilizar ni auspiciar el uso de trabajo forzado ni apoyar o encubrir el uso de castigos corporales.

No utilizar ni apoyar el uso del trabajo infantil (Vitteri Guevara, 2015, p. 103)

Estos derechos se encuentran acorde con las normas no solo constitucionales, sino también con las pertenecientes al derecho laboral, pero consideramos que se debió incorporar el derecho a la seguridad social de la madre gestante trabajadora, que como perteneciente a un sector vulnerable necesita un reconocimiento expreso que refleje una verdadera protección frente a los excesos de la ley o de los seguros públicos que hemos vistos anteriormente.

Por ende, analizaremos ahora los derechos laborales que se contemplan en el régimen especial de las MYPES, ello de conformidad con lo expuesto en el artículo 50° del D.S. N° 013-2013-PRODUCE, los mismos que comprenden:

- a) Remuneración: Los trabajadores tienen derecho a percibir la remuneración por lo menos la que corresponde la mínima vital, es decir, S/. 930.00.
- b) Jornada de trabajo: Al igual que en el régimen de la actividad privada, se tiene que esta comprende 08 horas diarias o 48 horas semanales, y en cuanto a descansos o feriados de igual manera es aplicable supletoriamente el régimen legislativo de la actividad privada.
- c) Descanso Vacacional: Los trabajadores pertenecientes a la micro y pequeña empresa tendrán derecho a 15 días de descanso vacacional siempre se cumplan con lo señalado en el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 713.
- d) Compensación por Tiempo de Servicios: Los trabajadores de la pequeña empresa tienen derecho a la CTS que es equivalente a 15 remuneraciones diarias por año de servicios, hasta alcanzar un máximo de 90 remuneraciones diarias. En el caso de las microempresas no aplica este derecho.
- e) Gratificaciones: Los trabajadores de la pequeña empresa tienen derecho a percibir dos gratificaciones al año, en fiestas patrias y en navidad, siempre que cumplan con la normatividad aplicable, el monto equivalente a media remuneración mensual en julio y diciembre. En el caso de la microempresa no aplica este derecho.
- f) Indemnización por despido injustificado: En el caso de los trabajadores pertenecientes a las microempresas y que hayan sido despedidos sin una causa justa tendrán derecho a una indemnización por despido injustificado equivalente a 10 remuneraciones diarias por cada año completo de servicios con un máximo de 90 remuneraciones diarias.
- g) Utilidades: Para las microempresas no aplica la repartición de utilidades a sus trabajadoras, sin embargo, de conformidad con lo señalado en el D.S. N° 013-



2013-PRODUCE, este derecho si corresponde a la pequeña empresa (Vitteri Guevara, 2015, p. 105).

- h) Seguros de vida: No aplica este beneficio para los trabajadores de la microempresa, en tanto para los trabajadores de las pequeñas empresas si aplica, este seguro estará a cargo del empleador.
- i) Seguro Complementario de Riesgo de Trabajo: Para los trabajadores de la microempresa este derecho no le es aplicable, en tanto si lo es para la pequeña empresa donde dando cumplimiento a las normas de salud ocupacional se les concede este seguro.

Entonces, la razón por la que el legislador ha creído conveniente otorgar ciertos beneficios a las pequeñas empresas y no a las microempresas, radica en dos factores, por un lado, la diferencia en cuanto a las ventas que estas empresas realizan y de otro lado el número de trabajadores que tienen dentro de sus empresas. Entonces, el legislador en este tipo de casos a nuestro entender protege los intereses empresariales de una minoría, más no protege ni real, ni eficazmente los derechos de los trabajadores, por el contrario esta manera de regulación atenta con el principio de igualdad y no discriminación, dado que se está dando un trato diferenciado entre dos trabajadores, quienes laboran las mismas horas a la semana, y se les brinda menos beneficios sociales, con ello no se garantiza el acceso al empleo a determinados tipos de empresa y con mayor razón no se protege el derecho al trabajo.

Ahora bien, cuando nos referimos a las micro y pequeñas empresas no solo analizamos el régimen laboral, sino también aquellas normas propias al régimen de seguridad social, sobre el cual hay una enorme diferencia sobre los seguros públicos de salud, así se ha reconocido que para las pequeñas empresas le corresponde el seguro social

de salud (EsSalud), mientras que para las micro empresas se le ha reconocido el seguro integral de salud (SIS).

Los trabajadores de la pequeña empresa serán asegurados regulares de EsSalud y el empleador aportará la tasa equivalente al 9% de acuerdo a lo señalado en la Ley N° 26790, mientras que para el caso de la micro empresa tanto los trabajadores y conductores podrán afiliarse al régimen semi contributivo del SIS, el mismo que es cubierto por el empleador en un aporta mensual equivalente al 50% y en 50% restante será completado por el Estado.

Ahora bien, la ley refiere la incorporación a este régimen de seguridad social a todos los trabajadores por igual, no diferencia si nos encontramos ante una población vulnerable, como la madre gestante. Esto debería ser en la práctica lo idóneo y correcto, no obstante, en nuestro país se ha regulado por un lado la protección de la mujer en materia laboral y de seguridad social y por otro lado el fomento y desarrollo empresarial donde se ha regulado algunos sectores empresariales tales como las micro y pequeñas empresas donde se ha establecido:

**Tabla 3**  
**Protección de la mujer**

<b>Concepto</b>	<b>Microempresa</b>	<b>Pequeña empresa</b>
Salud / Seguridad Social	SIS Subsidiado (S/.15) para el trabajador y derechohabientes.	EsSalud, cuya aportación es equivalente al 9% de la remuneración

Como se puede advertir, se le atribuye a las Micro Empresas, por mandato de ley, el que sus trabajadores (ya sea mujer, madre gestante y hombre) pertenezcan al régimen

del Seguro Integral de Salud (SIS), como hemos visto líneas arriba este seguro ha sido considerado por años como la principal fuente de aseguramiento, el mismo que otorga cobertura de salud en su totalidad de acuerdo al plan estratégico de enfermedades, llegando a proteger hasta 1,400 tipos de enfermedades, e inclusive enfermedades graves, no obstante este tipo de seguro no concede a diferencia del seguro social de salud (EsSalud) las prestaciones económicas tales como los subsidios por maternidad, lactancia, cuando se trata de una madre gestante, situación sin duda alarmante y vulnerador de derechos fundamentales de la madre gestante trabajadora.

Este hecho, que consideramos que no ha sido avizorado por el Estado, debe ser remediado mediante la adopción de acciones inmediatas por parte del Ministerio de Trabajo y Producción de Empleo, a través de una fiscalización de todos los beneficios que se les otorga a las madres gestantes mediante el SIS, a fin de evaluar si las normas (D.S. N° 007-2012-SA y Ley N° 1086 en su artículo 9°) son concordantes con el Convenio N° 183 de la OIT, el artículo 7° y 10° de la Constitución Política de Estado y si cumplen con el Principio de Progresividad y Universalidad de los Derechos Fundamentales, en relación al derecho laboral y seguridad social se refiere, sólo así reflejaremos una verdadera adopción de y emisión de normas justas y afines a los principios que inspiran y orientan las normas de la seguridad social.

Caso contrario, nos encontramos ante una protección del interés empresarial, donde el mandato legal de que los trabajadores de la microempresa pertenezcan al seguro integral de salud (SIS) signifique un ahorro laboral para los empleadores, dado que como sabemos el SIS ha sido creado para personas con bajos recursos, no obstante, la ley de las MYPES dispone que el SIS Semi contributivo sea el aplicable para este tipo de trabajadores, ello significa que las empresas sólo aportaran cierto monto y el saldo restante es asumido por el Estado.

Ahora bien, el costo de dicho seguro es de S/. 15.00 soles por trabajador, a diferencia de EsSalud (que es aplicable para la pequeña empresa), donde el costo equivale a una tasa del 9%, ello significa un ahorro aproximado de S/. 75.00 (este monto surge si ponemos como ejemplo que un trabajador percibe S/. 1,000 de remuneración) por parte del empleador, dicha situación únicamente protege el interés económico de este último, más no del trabajador, que como ya hemos visto líneas arriba, no se le brinda las prestaciones económicas, situación que se agrava en el caso de las madres gestantes, dado que tienen el subsidio por lactancia y maternidad, de allí que no encontramos justificación de la norma que señale dicha diferencia, más aun si los derechos laborales y de seguridad social tienen el carácter progresivo y de aplicación a todos por igual.

El Estado Peruano ha dejado de lado no solo los convenios sino también diversos organismos internacionales que independientemente del régimen laboral donde labore la madre gestante, buscan su protección y del menor, un claro ejemplo de ello se tiene a la Cooperación Internacional en la Salud Materna, que manifiesta

el Perú miembro de la OMS, con una vasta justificación en base a la deprimente realidad sanitaria, también pone en marcha otras estrategias para facilitar el acceso de la población a los servicios de salud, especialmente la materna e infantil. Las intervenciones sanitarias oficiales se ven apoyadas por la Cooperación Internacional (Alcántara, 2002, p. 72)

El apoyo internacional para la adopción de políticas públicas en este tipo de situaciones, tales como la crisis de salud en nuestro país y la atención a la madre gestante y al menor, ha generado que inicialmente se apliquen este tipo de políticas públicas en ciudades de pobreza extrema, pero es necesario ir más allá de una pobreza extrema y situarnos en el ámbito empresarial y laboral, donde muchas veces por proteger intereses

de los empleador se vulnera derechos fundamentales de la madre gestante trabajadora, así otros organismo tales como,

el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) intervino en el Programa de Fortalecimiento de Servicios de Salud, extendiendo la red a las zonas rurales, equipando establecimientos de salud y capacitando a personal asistencial del primer nivel de atención de salud. UNICEF incide en salud materna infantil (Arteta Latorre, 2016, p. 74)

Como bien se advierte, son diversas las intervenciones de organismo internacionales que buscan dar propuesta de solución al sistema de salud en cuando a la atención materna e infantil se refiere, y aunado a ello son diversas las normas que protegen a la madre gestante en diversos ámbitos (sociales, laborales, civiles, entre otros); ello nos permite colegir que existe una imperiosa necesidad de realizar un cambio de paradigma en cuanto a la protección de la madre gestante trabajadora de las microempresas se refiere, debiendo de otorgársele todos los beneficios propios de EsSalud, es decir las prestaciones asistenciales, medicas, de recuperación, económicas, y no brindar un trato diferenciado como lamentablemente se viene realizando, más aún si las estadísticas refieren que el acceso a las prestaciones de salud han aumentado,

las intervenciones sanitarias en los últimos años de los años de 1990 han incrementado significativamente las coberturas de utilización de servicios de salud maternos en el Perú. Las brechas existentes al interior del país, sea en términos de cobertura de control prenatal o parto institucional, han disminuido significativamente a lo largo del tiempo (Arteta Latorre, 2016, p. 75).

Estas cifras, nuevamente refuerzan la idea de realizar un verdadero cambio en cuanto al acceso a las prestaciones de salud y seguridad social de la madre gestante

trabajadora se refiere, sobre todo si la doctrina e investigaciones en materia de salud expresan que existe un aumento en cuanto a las prestaciones de salud materna desde años atrás. En materia laboral y seguridad social se debe valorar que únicamente se ha permitido el acceso a las prestaciones económicas de salud a los conductores y trabajadores, mientras que las madres gestantes trabajadoras de las microempresas pertenecientes al seguro integral de salud (SIS) tienen acceso a las prestaciones de salud que le brinda toda la cobertura, pero, no tienen acceso a las prestaciones económicas, en tanto que EsSalud si concede los subsidios por maternidad y lactancia. Esto se refuerza y acredita con lo expuesto,

el Seguro Integral de Salud (SIS) cubre la totalidad de los gastos que demande la atención de sus gestantes aseguradas en los casos de parto normal o por cesárea, a través de sus componentes subsidiado o semisubsidiado, y las beneficiarias pueden atenderse en más de siete mil establecimientos pertenecientes a la red del Ministerio de Salud en todo el país. (Grupo de Noticias Andina, 2010, p. 1)

Claramente, señala que el SIS cubre todos los servicios y/o prestaciones que refieran a salud, más no concede prestaciones económicas, sino únicamente la cobertura de maternidad la misma que abarca desde la gestación hasta la atención inmediata del recién nacido en casos de nacimiento individual y múltiple.

Esta situación de protección no debe cambiar si la madre gestante es una trabajadora perteneciente a la microempresa, y que si bien inicialmente una de las novedades que trajo la Ley de las MYPES para lograr la formalización de esta eran facilitar el acceso al seguro social, tanto en cuestiones de salud como de pensiones, como consecuencia de su formalización y su posterior registro en el REMYPE, como sabemos en materia de salud se dispuso que los trabajadores ingresen bajo un régimen de SIS

Subsidiado, cuyos beneficios se encuentran vigentes desde el año 2010 y comprenden el acceso y cobertura del listado priorizado de intervenciones sanitarias, no obstante la desventaja existente en este tipo de prestaciones de salud, es el tiempo que debe de transcurrir para que se pueda gozar de la atención en el SIS, lo que es denominado como el periodo de carencia, es decir debe existir un periodo de tiempo antes de la primera consulta, atención o cirugía, no entendemos el fundamento de la norma, que lo único que hace es atentar contra el derecho a la salud de trabajador y a la madre gestantes se refiere; en materia de atenciones por gestación, parto, cirugías menores programas el periodo de carencia es de 3 meses, mientras que para la realización de una ecografía es de 1 vez por mes, ello nuevamente afecta la salud de la madre trabajadora gestante, quien justamente por la actividad laboral que realiza, es mucho más conveniente acudir a un médico particular que acudir al SIS donde existe una evidente demora y lentitud impuesta por la norma, y más la carga existente genera un rechazo por parte de la sociedad al sistema de salud de nuestro país.

Más aún, si este seguro integral de salud (SIS), brinda únicamente atención preventiva, atención ambulatoria, hospitalaria, quirúrgica, de emergencia, de maternidad y del recién nacido, rehabilitación, ello son los beneficios que se brinda a todos los asegurados al SIS, mientras que los beneficios de los afiliados a la microempresa, entiéndase a la madre trabajadora gestante y demás trabajadores en general son:

1. Atención de parto normal y atención inmediata del recién nacido normal.
2. Cesárea.
3. Atención integral de salud del niño.
4. Consejería nutricional de niños en riesgo.
5. Atención de emergencia.

6. Atención de tópico.
7. Consulta especializada.
8. Consulta externa.
9. Rehabilitación de fracturas o esguince en el primer nivel de atención.
10. Detección de trastorno de la agudeza visual y ceguera en niños.
11. Despistaje de cáncer de cuello uterino.
12. Odontología.
13. Control de puerperio
14. Control prenatal.
15. Diagnóstico por imagen especializado.
16. Examen de VIH.
17. Examen inmunológico en el recién nacido de la madre VIH positivo.
18. Exámenes de laboratorio completo de embarazo sin VIH.
19. Extracción dental.
20. Fluorización, profilaxis, odontograma.
21. Internamiento con intervención quirúrgica mayor o menor, no cesárea.
22. Internamiento en la unidad de cuidados intensivos.
23. Sepelio.
24. Transfusión sanguínea en emergencia.
25. Traslado nacional por emergencia
26. Exámenes o procedimientos que requieren autorización previa  
(Vitteri Guevara, 2015, p. 59)



Como se advierte los beneficios otorgados por el SIS cuya lista asciende a aproximadamente 36 intervenciones, se refieren únicamente a prestaciones de salud, más no se ha valorado la entrega pecuniaria para cubrir o contribuir con los gastos ocasionados por el parto y los que se acarrearán con el recién nacido.

Ahora bien, el SIS para la totalidad de las atenciones de salud, salvo aquellas que son denominadas como exclusiones específicas; en el caso de adultos se cubre las enfermedades comprendidas dentro del listado priorizado de intervenciones sanitarias y además estas prestaciones se brindan en base al monto máximo de beneficio anual, es decir si bien es cierto que el SIS solamente brinda la cobertura de salud, esta inclusive es muy limitada, inclusive para las madres trabajadoras gestantes, con ello se está generando nuevamente una lesión de sus derechos fundamentales, dado que la cobertura actualmente no señala un monto límite conforme lo sustenta el D.S. N° 007-2012-SA, lo que podría llevar a subjetividades al momento de establecer el tope de la totalidad de atenciones.

El SIS brinda cobertura de salud limitada y carece de prestaciones económicas como el subsidio por enfermedad, accidente de trabajo, pre y pos natal y lactancia, aunado a ello las inasistencias implican una licencia sin goce de haberes y no pueden ser consideradas a cuenta de vacaciones, esta alarmante situación atenta un bien jurídico supremo, como es la dignidad de la mujer gestante, al respecto la dignidad es definido como,

un atributo inherente a todo ser humano, mientras que en otros se valora como un principio de aplicación especial frente a personas particularmente vulnerables, como niños, mujeres o personas privadas de libertad. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre es el primer acuerdo internacional sobre derechos humanos que, reconoce los principios de libertad, igualdad y dignidad humana y establece deberes correlativos a esos

derechos al indicar que, si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad. En el Preámbulo de la Declaración se señala que todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos (Bohórquez Monsalve, 2010, p. 138)

Es decir, la errónea atribución del SIS a las madres gestantes trabajadoras del régimen de la microempresa vulnera finalmente su derecho a la dignidad, y por consecuente se convierte en una norma injusta dado la mujer por su condición de tal es considerada dentro de la población vulnerable de merecer una protección especial y si a ello agregamos que se encuentra en estado de gestación, merece una mayor protección que el Estado representado mediante el Ministerio de Trabajo, tenga un especial interés y las normas antes estudiadas sean modificadas, solo se estaremos ante un verdadero cumplimiento del principio de progresividad de los derechos fundamentales.

De otro lado, se tiene que los derechos fundamentales se encuentran guiados por los principios de libertad, igualdad y dignidad humana, donde además a todo derecho le corresponde un deber, así se tiene que si los derechos reconocen la libertad, dentro del cual se encuentra la libertad de asociación y la libertad de empresa, y justamente sobre la base de estos derechos es que se crean las micro y pequeñas empresas, es lógicamente coherente que a estos derechos le correspondan deberes que reflejen un respeto por los derechos fundamentales, demás principios constitucionales y sobretodo con la dignidad humana, todo ello como expresión de la progresividad de los derechos fundamentales.

Para reforzar, lo anteriormente dicho podemos indicar que, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se señala expresa que todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos, debiendo entenderse por hombres (mujer y varón), ello nos hace plantearnos la siguiente interrogante ¿Existe alguna justificación para conceder prestaciones económicas (subsidio por lactancia y maternidad) a las madres

gestantes trabajadoras pertenecientes a EsSalud y no a las pertenecientes al SIS?, la respuesta creo es negativa, si se tiene en cuenta el principio de igualdad.

Estas preguntas, buscan finalmente reforzar la hipótesis que ha quedado demostrada que las madres gestantes de las MYPES no tienen prestaciones económicas como las del subsidio por maternidad y lactancia.

## **5.2. Aplicación de los principios de progresividad, convencionalidad e igualdad a las madres trabajadoras gestantes sujetas al SIS de la microempresa**

En los capítulos anteriores, se estableció el contenido doctrinario de cada uno de los principios de progresividad, convencionalidad e igualdad; ahora bien aplicando al caso materia de análisis, se puede colegir sobre el Principio de Progresividad, que el legislador peruano todas las acciones y/o medidas que adopte, no deben ser regresivas, por el contrario como elemento inherente de los derechos humanos estos tienen el carácter de progresivo, es decir adoptar todos los mecanismos, como por ejemplo cambios legislativos en materia de seguridad social de las madres gestantes a efectos de lograr o intentar lograr la plena eficacia de los derechos económicos y sociales; y al ser el derecho a la seguridad social una prerrogativa que le corresponde a la madre gestante perteneciente al régimen SIS de la microempresa, a la actualidad ve limitado el goce pleno de su derecho a la seguridad social, de allí todo derecho laboral y de seguridad social debe aspirar o tener una vocación de mayor extensión y protección de los derechos sociales, como manifestación de la justicia social. Este último término, se encuentra relacionado con el Principio de Igualdad, el cual constituye un valor supremo de toda sociedad democrática y que busca evitar desigualdades formales y evitar cualquier forma de privilegio, así este principio supremo con un alto contenido valorativo y moral aplicable en el ámbito laboral desestabiliza en muchos casos el orden laboral, pues se ha mantenido la idea de que el empleador es superior al trabajador y por ende se puede vulnerar algunos

derechos laborales de este último; criterio sumamente errado y que es superado por el principio de igualdad, pues la igualdad no solo está referido al trato, sino que se impone la paridad en el reconocimiento de derechos laborales (individuales o colectivos), de seguridad social, para el goce de los mismos; así resulta adecuado plantear la siguiente pregunta ¿los derechos de seguridad social concedidos a la madre trabajadora gestante pertenecientes al régimen SIS de microempresa es igual al derecho de seguridad social reconocido a la madre trabajadora gestante de la pequeña empresa?, la respuesta es negativa, y sobre la base de ello ¿Existe algún sustento constitucional para dicha regulación? O ¿Acaso existe alguna diferencia entre la madre gestante del SIS microempresa y la madre gestante de la pequeña empresa?, las preguntas esgrimidas buscan obtener una reflexión crítica sobre la basta desigualdad establecida por el legislativo, al conceder menos y/o restringidos derechos a la madre gestante perteneciente al SIS microempresa, no se ha tenido en cuenta que en ambos casos nos encontramos frente a madres trabajadoras gestantes, y por tal deberían ser sujetos de protección no solo por pertenecer a una población vulnerable sino que además, porque el principio de igualdad supone evitar cualquier nivel de diferencia, distinguir o tratar dos sujetos iguales como situaciones distintas y que en nuestra opinión presupone dar un trato de inferioridad, en este caso por motivos legislativos; es decir la propia ley no puede convertirse en una herramienta vulneradora de derechos fundamentales.

Finalmente, el principio de convencionalidad aplicable al presente caso, respalda la propuesta legislativa que se presenta, pues el legislador y juez no debe ceñirse únicamente a lo dispuesto en la Carta Magna, sino que debe ir más allá e interpretar las disposiciones establecidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que, en materia de seguridad social y protección de la madre gestante, recomiendan a todos los Estados Parte a adoptar medidas legislativas tendientes a lograr la protección,

reconocimiento y eficacia de los derechos humanos, que en caso sería establecer criterios de igualdad o mejores beneficios para las madres trabajadoras gestantes de las microempresas.

Un breve ejemplo de lo señalado aplicable al aspecto práctico es el pronunciamiento establecido por el Juzgado Civil de Cajamarca, en una acción de amparo donde se señala,

la medida cautelar contenida en el expediente N°00407-2015-1-0601-JR-CI-03, en la que se ordenó que el Seguro Social de Salud- ESSALUD, garantice la atención médica con el correspondiente financiamiento de la salud materna (control pre natal, embarazo, parto y posterior al parto), de la gestante Luz Vilma (EXP N° 407-2015-0-0601-JR-CI-03, p. 3)

El caso antes citado, versa sobre la denegación por parte de ESSALUD a prestar la atención médica y sanitaria a una madre gestante asegurada, por pertenecer a un régimen distinto al coberturado, es así que sobre la base de un proceso constitucional de amparo que se busca garantizar la eficacia de los derechos laborales.

### **5.3. El test de proporcionalidad en las madres trabajadoras gestantes sujetas al SIS de la microempresa**

Habiendo definido el test de proporcionalidad y cada uno de sus elementos, corresponde evaluar su aplicación al presente caso, así el juicio de idoneidad supone que el acto que restringe un derecho fundamental tenga un fin, en este caso la limitación establecida en el Decreto Legislativo N° 1086 que dispone que la pertenencia al régimen SIS de la trabajadora de la microempresa, no tiene una mayor finalidad que evitar mayores gastos al empleador, pues es este último quien cubre parte de dicho seguro, de allí que se establece una preferencia pro empleador, ahora bien se debe tener en cuenta que no cualquier finalidad sirve para legitimar un acto que restringe derechos, que en el presente

caso es limitar el derecho a la seguridad social de la madre gestante, por lo que el fin que se debe perseguir es sea constitucionalmente permitido y socialmente relevante que en el caso de lo prescrito no cumple dicha finalidad, por el contrario se deja de lado la protección constitucional de la madre gestante como perteneciente a un sector vulnerable.

Habiéndose superado al primer requisito, evaluaremos el juicio de necesidad, en donde se va a evaluar si la medida que restringe derechos fundamentales es la menos agresiva frente a otras medidas igualmente eficaces, es decir la incorporación de la madre trabajadora gestante de la micro empresa al régimen SIS (que en nuestra opinión restringe derechos fundamentales de esta última) es menos lesiva en comparación con otras medidas que pudieron adoptarse, sobre el particular consideramos que el legislador al momento de adoptar esta medida tuvo a su alcance la posibilidad de decretar otras medidas con el mismo nivel de eficacia pero menos gravosa a los derechos fundamentales de la madre gestante trabajadora y por ende la eficacia de esta norma no se encuentra plenamente garantizada, sino no se realizan los cambios legislativos necesarios, solo así se darán cumplimiento a los principios de progresividad e igualdad antes mencionados y subsidiariamente con el artículo 44° de la Constitución Política de Estado, donde se consagra el deber estatal es promocionar y favorecer lo más posible la vigencia plena de los derechos fundamentales.

Ahora bien, el juicio de proporcionalidad propiamente dicho, en donde se realiza una comparación entre la importancia de la intervención del derecho fundamental y la realización del fin legislativo, así en la presente investigación se encuentra dada por la regulación de los regímenes de seguridad social de la micro empresa y el derecho fundamental de seguridad social de la madre trabajadora gestante, donde la vulneración de los derechos de esta última es inevitable, pues se afectan no solo el derecho fundamental de la seguridad social, sino también el principio de progresividad de los

derechos sociales, el principio de igualdad al regular diferentes regímenes para las trabajadoras de la micro y pequeña empresa, generando una discriminación y por ende una afectación del principio de convencionalidad dejándose de lado cualquier interpretación conforme a las disposiciones de las Corte Interamericana de Derechos Humanos; todos estos principios que ordenan la protección de la madre trabajadora gestante se ven afectados y lesionados por la actual regulación que necesita ser modificada por los fundamentos expuestos a lo largo de la presente investigación.

## CAPÍTULO VI

### PROPUESTA LEGISLATIVA

Proyecto de Ley N° \_\_\_\_\_



*Congreso de la República* **PROYECTO DE LEY**

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

#### **FÓRMULA LEGAL DEL PROYECTO DE LEY**

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

##### **Artículo 1. Modificación:**

Modifíquese el texto del artículo 9° del Decreto Legislativo que aprueba la promoción de la competitividad, formalización y desarrollo de la micro y pequeña empresa y del acceso al empleo decente, el que quedará redactado en los términos siguientes:

##### **Art. 9°**

**9.1.** La afiliación de los trabajadores y conductores de la **Microempresa será al Seguro Social de Salud (EsSalud)** y comprenderá a sus derechos habientes. Su costo será parcialmente subsidiado por el Estado condicionado a la presentación anual del



certificado de inscripción o reinscripción vigente del Registro Nacional de Micro y Pequeñas Empresa (RENAMYPE) del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, y a la relación de trabajadores, conductores y sus derechohabientes. EsSalud garantizará a la madre gestante trabajadora el acceso a las prestaciones de salud y económicas en los subsidios que corresponda, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos. Se elimina automáticamente el régimen SIS para las microempresas, debiendo de aplicarse el régimen de EsSalud.

9.2. (...)

### **Disposiciones finales**

**Primera.-** Deróguese toda norma que se oponga a las disposiciones dadas en esta ley.

**Segunda.-** La presente ley entrará en vigencia a los 15 días de su publicación.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los                      días del mes de                      de

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de gobierno, en Lima, a los                      días del mes de

## **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

La presente propuesta de ley surge como consecuencia de la problemática existente, que gira debido al derecho a la seguridad social de las trabajadoras gestantes pertenecientes al régimen SIS micro empresa que se vulnera porque se deja de lado el cumplimiento del derecho a la igualdad y la progresividad de los derechos laborales.

En ese sentido, la presente ley busca resolver el conflicto existente, pues modifica el artículo 9° del citado Decreto Legislativo, estableciendo no solo el cambio de régimen para los y las trabajadores de la microempresa, sino también contiene la mención expresa de las prestaciones económicas que se deben otorgar a la madre gestante trabajadora, solo así se garantiza la realización y protección de los derechos laborales y de seguridad social de la madre gestante, los mismos que estarán acordes con los principios de solidaridad, universalidad y progresividad de los derechos fundamentales.

La propuesta surge, a raíz de que el propio contexto, nos permite evidenciar, la necesidad de modificar dicho dispositivo legal, máxime si nuestra legislación laboral peruana, aquella referida a la seguridad social y al sistema de salud viene siendo objeto de diversas críticas y des legitimización. Por lo que, el presente proyecto de ley contribuirá a resolver dicho problema jurídico.

## **EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL**

La propuesta legislativa en estricto modifica el artículo 9° del Decreto Legislativo que aprueba la promoción de la competitividad, formalización y desarrollo de la micro y pequeña empresa y del acceso al empleo decente.

## **ANÁLISIS COSTO BENEFICIO**

Se puede garantizar que la presente iniciativa legislativa no ocasionará gastos extraordinarios al Erario Nacional, por cuanto se trata de un beneficio que las pequeñas empresas gozan y que por cuestiones de equidad e igualdad se les debe atribuir a las trabajadoras gestantes de las micro empresas.

## CONCLUSIONES

1. La hipótesis planteada ha quedado demostrada en su totalidad, pues se ha evidenciado y acreditado la vulneración del derecho a la seguridad social de las trabajadoras gestantes pertenecientes al régimen SIS microempresa, dado que a diferencia de EsSalud no se les otorga las prestaciones económicas, tales como subsidio por maternidad y lactancia, vulnerando el derecho a la igualdad y progresividad de los derechos fundamentales y a la seguridad social.
2. La mujer trabajadora embarazada, goza de determinados derechos laborales y de seguridad social que se han venido implementando como parte del principio de progresividad, su vulneración se produce porque, se ve restringido y suprimido su derecho adquirido, siendo incongruente con la finalidad progresista que encuentra sustento en los derechos fundamentales y de seguridad social.
3. El principio de igualdad se vulnera cuando se regulan diferentes regímenes para las trabajadoras de la micro y pequeña empresa, generando una discriminación y por ende una afectación del principio de convencionalidad dejándose de lado cualquier interpretación conforme a las disposiciones de las Corte Interamericana de Derechos Humanos.
4. El régimen de seguridad social de EsSalud es mucho más ventajoso, pues otorga mayores beneficios que régimen SIS, en cuanto a la protección que se otorga a las mujeres trabajadoras embarazadas dado que concede los subsidios por maternidad y lactancia.

## RECOMENDACIONES

1. Dado que el Derecho de Trabajo y sobretodo de la Seguridad Social es poco tratado, recomendamos incidir en este tema y realizar investigaciones fomentando la doctrina en materia de Seguridad Social, con aplicaciones empíricas en jueces, abogados, Ministerio de Salud u otras organizaciones para contribuir con la mejora del Derecho Laboral y Seguridad Social.
2. A fin de evitar vulneraciones de los derechos laborales de los trabajadores, madres gestantes y pensionistas, el Ministerio de Trabajo sugerir al Congreso la revisión general del Decreto Legislativo que regula la Seguridad Social, las Micro y Pequeñas empresas a fin de verificar posibles atentados contra los derechos fundamentales y corregir ello, sólo así se protegerá al trabajador de intereses particulares de los empresarios, recomendamos además una reforma conforme al proyecto de ley expuesto.

## REFERENCIAS

- Alcántara, E. (2002). *Accesibilidad a los servicios de salud sexual y reproductiva y contribución de los determinantes intermedios en los cambios de la fecundidad en el Perú*. Lima: Instituto Nacional de Estadística e Informática.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica, 2. ed.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Aramburu, C. (2008). *Programas Sociales en el Perú, elementos para una propuesta desde el control gubernamental*. Lima: Contraloría General de la República y GTZ.
- Arias Marin, J. A. (2015). *Filosofía y Política de los Derechos Humanos. Teoría crítica de los derechos humanos*. México: UNAM.
- Arostegui Hirano, J. (2004). La crisis de la seguridad social en Salud. *Repebis*, 30.
- Arroyo Laguna, J. (2000). *Salud, la reforma silenciosa. Políticas sociales y de salud en le Perú de los 90.* . Lima: Universidad Cayetano Heredia.
- Arteta Latorre, Y. (2016). *Análisis de la intervención del seguro integral de salud en la cobertura de atención sanitaria materna*. Donostia: Universidad del País Vasco.
- Barnes, J. (1998). El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar. *Cuadernos de Derecho Público*, 16.
- Bernal Pulido, C. (2010). La racionalidad de la ponderación. *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*.

- Bohórquez Monsalve, V. (2010). Mujeres y dignidad humana. Antecedentes en el Sistema Interamericano y en el Derecho Constitucional de Colombia. *Revista Reflexión Política* N° 23, 138.
- Buitrago Escobar, A. (2014). La protección por maternidad en el sistema de seguridad colombiano. *Revista de Ciencias Humanas*, 93.
- Cabezas Ortega, C. (2017). *Derechos Laborales de la mujer embarazada en la Legislación Ecuatoriana, primer semestre, 2016*. Ecuador: Tesis de pregrado, Universidad Central del Ecuador.
- Carmona Tinoco, J. U. (1996). *La interpretación judicial constitucional*. México: Investigaciones Jurídicas-Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Carpizo, J. (2003). *Temas constitucionales*. México: Porrúa.
- Carpizo, J. (2011). Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 21.
- Castilla, N. (1991). Mujer, sociedad y crisis en el Perú. *Intercampus*, 92.
- Castillo Córdova, L. (2004). *El principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico peruano*. Piura: Universidad de Piura.
- Cassin, R. (1974). *Los Derechos del Hombre*. Holanda: Academia de Droit Internacional.
- Cerna Barba, M. (1997). Género y trabajo femenino en el Perú. *Revista Latino Enfermagen*, 23.
- Cervantes Anaya, D. (2009). *Derecho de la seguridad social y previsional: doctrina, jurisprudencia y convenios*. Lima, Perú: Editorial Rodhas.

- Cianciardo, J. (1999). Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales. *Persona y Derecho*, 50.
- Cruzado Cachi, A. R. (2015). *La afectación de los derechos fundamentales de la trabajadora embarazada al extinguir el empleador la relación laboral durante el periodo de prueba*. Tesis de pregrado, Universidad Privada del Norte. Obtenido de <http://repositorio.upn.edu.pe/handle/11537/6346>
- Charles, T. (1993). *El multiculturalismo. La política del reconocimiento*". México: FCE.
- Chile, C. N. (17 de Enero de 2019). *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*. Obtenido de <https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/proteccion-a-la-maternidad>
- Del Carmen Sara, J. (2013). *Antecedentes y Perspectivas de la Reforma de Salud en el Perú*. Lima: Ministerio de Salud.
- Del Valle, D. (1992). *Migración y empleo femenino*. Lima, Perú: ADEC.
- Donnelly, J. (1994). *Derechos humanos universales: teoría y práctica*. México: Ediciones Gernika.
- Ermida Uriarte, O. (1993). Los principios de la Seguridad Social. *La Seguridad Social en el Uruguay*, 14.
- EXP, 407-2015 (Tercer Juzgado Civil de Cajamarca 22 de Agosto de 2018).
- Ferrajoli, L. (2007). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Fraser, N. (2006). *¿Redistribución o reconocimiento?: un debate político - filosófico*. Madrid: Ediciones Morata.
- Gianotti Paredes, A. L. (2017). *La feminización de los regímenes laborales especiales en el Perú y su regulación: Búsqueda de un cambio*. Lima-Perú: PUCP



- Grupo de Noticias Andina. (13 de Marzo de 2010). *Gestantes afiliadas al Seguro Integral de Salud cuentan con cobertura total de parto*. Obtenido de Agencia de Noticias Andina: <https://andina.pe/agencia/noticia-gestantes-afiliadas-al-seguro-integral-salud-cuentan-cobertura-total-parto-284931.aspx>
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.
- Hernández Ibarra, V. M. (18 de Marzo de 2015). La mujer, papel importante en la sociedad. *La Estrella de Panamá*. Recuperado el 3 de Julio de 2018, de <http://laestrella.com.pa/opinion/columnistas/mujer-papel-importante-sociedad/23851546>
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, M. (2010). *Metodología de la investigación*. México: Mc Graw - Hill.
- Hesse, C. (2001). Significado de los derechos fundamentales. *Manual de derecho constitucional*, 85.
- Lumbreras, L. (1992). *El Perú pre-hispánico*. Lima: Mosca Azul.
- Martínez Astorquiza, T. (2005). *Guía de ayuda para la valoración del riesgo laboral durante el embarazo*. Madrid: Secretaria de Estado de Seguridad Social.
- Martínez Girón, J. (1990). *Una introducción histórica al estudio de las fuentes del Derecho Español de Seguridad Social*. Santiago de Compostela: Editorial Paredes.
- Medina Araujo, M. (13 de Mayo de 2019). *Blog Empresarial*. Obtenido de Afiliación de trabajadores de microempresas en el SIS: [https://www.asesorempresarial.com/web/blog\\_i.php?id=162](https://www.asesorempresarial.com/web/blog_i.php?id=162)

- Morales, C. (2008). ¿Qué es el hombre como tal? *Revista de Derechos Humanos*, 7-9.
- Moyn, S. (2012). *The Last Utopia. Human Rights in History*. Cambridge: Belknap Press.
- Navarro Mardones, M. A. (2015). *Protección a la maternidad y el amparo de las trabajadoras durante el fuero maternal*. Tesis de pregrado, Universidad de Chile. Obtenido de <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/134726>
- Nikken, P. (1988). El derecho internacional de los derechos humanos. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, 44.
- Nogueira Alcalá, H. (2009). *La interpretación constitucional de los derechos humanos*. Lima-Perú: Ediciones Legales.
- Pachego Zerga, L. (2002). *La protección de la mujer trabajadora en el ordenamiento peruano*. Piura: Universidad de Piura.
- Pareja, P. (1985). El sistema educativo. *Participación de la mujer*, 205.
- Pueblo, D. d. (09 de Marzo de 2007). *Atención de Salud para los más pobres: El Seguro Integral de Salud. Informe Defensorial N° 120*. Obtenido de [http://bvs.minsa.gob.pe/local/GOB/943\\_GOB418.pdf](http://bvs.minsa.gob.pe/local/GOB/943_GOB418.pdf)
- Ramos Nuñez, C. (2005). *Como hacer una tesis en derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Rodrigo Silva, C. M. (2016). *Aplicabilidad del fuero maternal a las docentes contratadas ("a contrata") del sector municipal regidas por el Estatuto Docente: análisis crítico*. Tesis de maestría, Universidad de Chile. Obtenido de <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/144193>

- Ruiz Molleda, J. C. (29 de Marzo de 2019). *La Ley*. Obtenido de <https://laley.pe/art/7594/el-test-de-proporcionalidad-como-herramienta-para-analizar-la-constitucionalidad-de-las-medidas-de-fuerzas-en-contexto-de-protestas-sociales>
- Ryder, G. (2014). La maternidad y paternidad en el trabajo. La legislación y la práctica en el mundo. *Informe de Política OIT*, 7.
- Sagues, N. P. (2006). *La interpretación judicial de la Constitución*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Salud, M. d. (2004). *Guías nacionales de atención integral de la salud sexual y reproductiva*. Lima: Ministerio de Salud.
- Salud, M. d. (19 de Abril de 2019). *Seguro Integral de Salud*. Obtenido de <http://www.sis.gob.pe/asegurados/tipos-de-seguro/faq-sis-independiente-2.pdf>
- Sánchez Zorrilla, M. E., Tantaleán Odar, C. F., & Coba Uriarte, J. L. (2016). *Protocolos para proyectos de tesis y tesis de bachillerato y de titulación profesional*. Cajamarca: Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo.
- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 1417 (Tribunal Constitucional 26 de Agosto de 2005).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Proceso de Amparo, N° 5652 (Tribunal Constitucional 10 de Julio de 2007).
- Strain, H. (2004). *Mujer que trabaja: Maternidad y lactancia. Garantías del Código de Trabajo*. Santiago de Chile: Unicef.
- STC, 16-2008 (Tribunal Constitucional 17 de Junio de 2008).

- STC, 1660-2010 (Tribunal Constitucional 11 de Noviembre de 2010).
- STC, 020-2012 (Tribunal Constitucional 15 de Septiembre de 2012).
- STC, 4617-2012 (Tribunal Constitucional 3 de Mayo de 2012).
- Seguro Integral de Salud, (2012). *Seguro Integral de Salud*. Lima: Ministerio de Salud.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, N° 001-2014 (Tribunal Constitucional 17 de Agosto de 2004).
- Toledo Toribio, O. (2010). El principio de progresividad y no regresividad en material laboral. *Derecho y Cambio Social*, 12.
- Toyama Miyagusuku, J. (2005). Seguridad Social Peruana: Sistemas y Perspectivas. *Themis: Revista de Derecho*, 198.
- Toyama Miyagusuku, J. (2015). Seguridad Social Peruana: Sistema y perspectivas. *Themis* 48, 198.
- Trabajo y Empleo, M. d. (2005). *Política Nacional de Seguridad Social*. Lima, Perú: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.
- Valderrama Valderrama, L. R. (2015). Amplicación del periodo de licencia por maternidad. *Soluciones Laborales* N° 88, 72.
- Vélez Velásquez, B. B. (2013). *Vulneración de derechos laborales de la mujeres embarazadas y en período de lactancia*. Tesis de pregrado, Universidad Regional Autónoma de los Andes, Santo Domingo, Ecuador. Obtenido de <http://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/2083>
- Villavicencio, M. (1990). *Breve historia de las vertientes del movimiento de mujeres en el Perú*. Lima, Perú: Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán.

- Villarán, F. (1998). Pequeña empresa: retos y posibilidades . *Seminario en el Congreso de la República*. Lima-Perú.
- Villoro, L. (2007). *Los retos de la sociedad por venir. Ensayos sobre justicia, democracia y multiculturalismo*. México: FCE.
- Vitteri Guevara, J. M. (2015). Régimen especial laboral de las micro y pequeñas empresas. *Soluciones Laborales N° 90*, 102.
- Wellmer, A. (2013). *Lineas de fuga de la modernidad*. Buenos Aires: FCE.
- West, R. (1998). *Género y teoría del derecho*. . Bogotá: Editorial Pensar.
- Witker, J. (1995). *La investigación jurídica*. México: Mc Graw-Hill.
- Yañez Malaga, A. M. (1996). ¿Hacia un Derecho Social de la Mujer? Riesgos y Potencialidades. *Relaciones de Género. Nuevas pistas para su interpretación*, p. 44.