

**“LAS EMBARAZADAS -GRUPO DE ESPECIAL
PROTECCIÓN O RIESGO- ANTE LA COVID 19”
A propósito del fin preventivo de la Seguridad
y Salud en el Trabajo**

YORDAN FELER ROMERO MENDOZA

Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo. Discente de la Maestría de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Escuela de Post Grado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro fundador y Coordinador de Gestión del Círculo de Estudio e Investigaciones del Trabajo (CEITRA). Ex Asistente de Juez Superior en la Segunda Sala Especializada Laboral de la Corte Superior de Justicia de La Libertad (Nueva Ley Procesal del Trabajo). Actualmente en la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

INTRODUCCIÓN

La COVID – 19, más conocido como “coronavirus”, ha ocasionado estragos en nuestro país, tanto de índole económico como social, a raíz que el Gobierno de turno, mediante el Decreto de Urgencia N.º 044-2020-PCM, emitida el 15 de marzo del presente año, estableció el Estado de Emergencia Nacional desde el día siguiente, restringiendo el derecho de circulación a nivel nacional, salvo personal que labore en entidades públicas y empresas privadas que presten servicios esenciales, las cuales se encontraban autorizadas para seguir funcionando, siendo que las demás actividades, se encontraban prohibidas de funcionar y/o atender al público de forma presencial (a excepción de poder hacerlo de forma remota). Situación que se ha venido ampliando hasta el 30 de junio; puesto que, a partir del 01 de julio, solo se encontraba vigente la cuarentena en ciertas provincias del país, mediante la publicación del Decreto Supremo N.º 116-2020-PCM del 26 de junio, modificado por los Decretos Supremos N.º 129-2020-PCM, N.º 135-2020-PCM, N.º 139-2020-PCM y N.º 146-2020-PCM.

Medida que tuvo consecuencias negativas en la economía nacional, al haber caído el Producto Bruto Interno (PBI) 30.2%, en el segundo trimestre del año, según informó el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) en el Informe Técnico “Comportamiento de la Economía Peruana en el Segundo Trimestre del 2020” (INEI, 2020); es por ello, que el Gobierno con la finalidad de procurar la reactivación económica, ha establecido un Plan Nacional que consta de 4 fases de funcionamiento progresivo de las empresas, según el sector productivo o de servicios prestados, a partir del cual se procura que la actividad económica del país empiece a recuperarse. Medida que va de la mano con otras sobre salubridad e higiene, que se deben cumplir obligatoriamente para poder iniciar

funciones, y que procuran asegurar la salud de los trabajadores, evitando su contagio; ello, a partir del documento técnico “Lineamientos para la vigilancia de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a COVID-19”, aprobado mediante Resolución Ministerial N.º 239-2020-MINSA de fecha 28 de abril de 2020, posteriormente derogada por la Resolución Ministerial N.º 448-2020-MINSA, que aprueba el documento técnico “Lineamientos para la Vigilancia, Prevención y Control de la Salud de los trabajadores con riesgo de exposición a la COVID-19”.

Documentos técnicos en los que se establecieron grupos de riesgo por complicaciones en caso de contagio de la COVID – 19, quienes preferentemente deberán mantener la cuarentena domiciliaria o aislamiento social, seguir prestando servicios remotos o reincorporarse a las labores presenciales, siempre que lo soliciten mediante declaración jurada presentada a su empleador, y con la aprobación del profesional de la salud médico ocupacional. Sin embargo, no fueron consideradas en dicho grupo de trato especial las mujeres embarazadas, a pesar que de contraer o contagiarse éstas por COVID -19, originaría problemas –inmunodeficiencia- en su salud, que lo convertiría en un embarazo riesgoso, ocasionando, incluso, partos prematuros en perjuicio del neonato.

Es por ello, al advertirse que las embarazadas constituyen población vulnerable por posible contagio de Covid – 19, es menester que reciban una protección especial, debiendo ser consideradas como grupo de riesgo o de especial protección, tanto en beneficio de la madre, como del niño. Conclusión que se arribará en el presente artículo, al analizar qué es la COVID-19, su paso por el Perú y los grupos de riesgo como medida protectora, las mujeres embarazadas como población vulnerable, el principio de interés superior del niño como sendero interpretativo, el trabajo decente como garantía de trabajo digno, la legislación nacional e internacional que promueve la protección de las trabajadoras gestantes, y, por último, la determinación que la madre trabajadora, constituye un grupo de especial protección frente a la COVID-19, así como la posible responsabilidad del empleador por su no protección e incumplimiento de su deber de protección.

1. ASPECTOS GENERALES

a) El "Sars-Cov-2" (COVID – 19) en el Perú

Según la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) (OMS O. M., 2020), la COVID-19 es la enfermedad infecciosa causada por el coronavirus (virus) descubierto en la ciudad de Wuhan (China), lugar donde inicio su brote en diciembre del año 2019 (OMS O. M., 2020), que puede ir desde un resfriado común hasta enfermedades más graves, como el síndrome respiratorio agudo severo (SRAS); habiendo sido calificada por la OMS el 11 de marzo de 2020 como "pandemia", al extenderse en más de cien países de manera simultánea, como es en España, Italia, Francia, China, Estados Unidos, etc; y que, en efecto, llegó a nuestro país, al ser confirmado oficialmente por el Presidente de la República Martín Vizcarra, cuando informó del primer caso, ocurrido el 06 de marzo.

Entre sus síntomas más habituales, como señala la OMS, se encuentran la fiebre, la tos seca y el cansancio; mientras que, los menos frecuentes que afectan a algunos pacientes, son los dolores y molestias corporales, la congestión nasal, el dolor de cabeza, la conjuntivitis, el dolor de garganta, la diarrea, la pérdida del gusto o el olfato y las erupciones cutáneas o cambios de color en los dedos de las manos o los pies. Asimismo, ha señalado que alrededor del 80% de las personas contagiadas por COVID-19, se recuperan de la enfermedad sin necesidad de tratamiento hospitalario; sin embargo, aproximadamente 1 de cada 5 personas que la contraen, acaba presentando un cuadro grave y experimenta dificultades para respirar. Y, precisa que, si bien las personas mayores y las que padecen afecciones médicas previas como hipertensión arterial, problemas cardiacos o pulmonares, diabetes o cáncer, tienen más probabilidades de presentar cuadros graves; sin embargo, cualquier persona que la contraiga, puede caer gravemente enferma, y presentar síntomas severos, e incluso mortales (OMS O. M., 2020).

Por otro lado, el máximo ente global en la salud, manifiesta que la propagación y contagio de una persona de la COVID-19, se puede

contraer por contacto con otra que esté infectada por el virus (presente síntomas o asintomática), a través de las gotículas que salen despedidas de su nariz o su boca al toser, estornudar o hablar. Y, si bien estas gotículas son relativamente pesadas, no llegando muy lejos, al caer rápidamente al suelo; sin embargo, se puede contraer si se llegan a inhalar, al tocarse los ojos, nariz o boca, luego de tener contacto con superficies, donde cayeron expulsadas por una persona contagiada (OMS O. M., 2020).

Así, mientras no se encuentre medicamento contra la COVID -19, es importante mantenerse al menos a un metro de distancia de los demás (practicar el distanciamiento social), para que las gotículas puedan caer al suelo, además de usar mascarillas quirúrgicas, evitar acudir a lugares concurridos, coger superficies con las manos y tocarse los ojos, la nariz o la boca, así como lavarse las manos frecuentemente con agua y jabón, o con un desinfectante a base de alcohol.

Es partir de ello, el Gobierno con el objetivo de proteger la salud pública, dictó una serie de medidas con las cuales afrontar su propagación, como es la declaración del Estado de Emergencia Sanitaria a nivel nacional, mediante el Decreto Supremo N.° 008-2020-SA de fecha 11 de marzo de 2020, por el plazo inicial de 90 días, ampliado hasta el 07 de diciembre, a través de los Decretos Supremos N.° 020-2020-SA del 03 de junio y N.° 027-2020-SA del 28 de agosto; así como, la declaración del Estado de Emergencia Nacional desde el 16 de marzo, por el Decreto Supremo N.° 044-2020, restringiéndose el derecho de libre circulación a nivel nacional, salvo personal que labore en entidades públicas y privadas que presten servicios esenciales, las cuales se encontraban autorizadas para seguir funcionando, y que fue ampliada hasta el 30 de junio, al estar vigente la cuarentena focalizada a partir del 01 de julio, solo en ciertas provincias del país.

Además, con la finalidad de procurar la reactivación económica, se estableció un Plan Nacional que consta de 4 fases de funcionamiento progresivo del sector empresarial, para la recuperación de la actividad económica del país, que va de la mano con otras sobre salubridad e higiene, de obligatorio cumplimiento para poder iniciar funciones, procurando

asegurar la salud de los trabajadores, evitando su contagio. Ello, a partir del documento técnico "Lineamientos para la vigilancia de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a COVID -19", aprobado mediante Resolución Ministerial N.º 239-2020-MINSA, posteriormente derogada por la Resolución Ministerial N.º 448-2020-MINSA, que aprueba el documento técnico "Lineamientos para la Vigilancia, Prevención y Control de la Salud de los trabajadores con riesgo de exposición a la COVID- 19", que establecen un grupo de personas de especial protección, denominado "grupos de riesgo".

b) Grupos de Riesgo

Vienen a constituir los grupos de especial protección, definido como "Conjunto de personas que presentan características individuales asociadas a mayor riesgo de complicaciones por COVID-19", y que, para ello, la Autoridad Sanitaria define los factores de riesgo y los criterios sanitarios a ser utilizados por los profesionales de la salud, para definir a las personas con mayor posibilidad de enfermar y tener complicaciones por COVID – 19, los cuales según las evidencias que se vienen evaluando y actualizando permanentemente, son:

Grupos de Riesgo por Covid-19
1. Las personas mayores de 65 años de edad.
2. Quienes cuenten con comorbilidades de hipertensión arterial.
3. Diabetes mellitus.
4. Enfermedades cardiovasculares.
5. Enfermedad respiratoria crónica.
6. Cáncer
7. Obesidad con IMC de 30 a más.
8. Asma.
9. Insuficiencia renal crónica.
10. Enfermedad o tratamiento inmunosupresor.
11. Otros que establezca la Autoridad Nacional Sanitaria a las luces de futuras evidencias (agregado mediante la Resolución Ministerial N.º 448-2020-MINSA)

Quienes preferentemente deberán mantener la cuarentena domiciliaria o aislamiento social, seguir prestando servicios remotos (de forma prioritaria, conforme el artículo 20° del Decreto de Urgencia N.° 026-2020-PCM) o reincorporarse a las labores presenciales, siempre que lo soliciten mediante declaración jurada presentada a su empleador, y con la aprobación del profesional de la salud médico ocupacional, conforme la Resolución Ministerial N.° 099-2020-TR, de fecha 26 de mayo, sin perjuicio que el empleador siga teniendo la plena responsabilidad por la gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo, conforme la Ley N.° 29783, y demás disposiciones legales emitidas para la vigilancia, prevención y control del COVID-19, por parte de la Autoridad Nacional Sanitaria.

Asimismo, es menester precisar que la lista de grupos de riesgo (por edad y factores clínicos), establecido en el documento técnico denominado “Atención y manejo clínico de casos de COVID-19 – Escenario de transmisión focalizada”, aprobado por Resolución Ministerial N.° 084-2020-MINSA (de fecha 07 de marzo de 2020) y las modificatorias mediante las Resoluciones Ministeriales N.° 193-2020-MINSA, así como las Resoluciones Ministeriales N.° 239-2020-MINSA, y N.° 265-2020-MINSA, el Decreto Supremo N.° 083-2020-PCM y la Resolución Ministerial N.° 283-2020-MINSA, se limitaban únicamente a los que expresamente se enunciaban, es decir, eran restringidos o *numerus clausus*; sin embargo, actualmente, a partir de la Resolución Ministerial N.° 448-2020-MINSA, fue modificada, siendo abierta o *numerus apertus*, permitiendo que ésta pueda ser ampliada por la Autoridad Nacional Sanitaria, siempre que por investigaciones y análisis desarrollados, se determine la existencia de un nuevo grupo de personas, que por sus características o condiciones, se encuentren propensos a mayor riesgo de contagiarse o de sufrir complicaciones en caso de contraer la COVID-19.

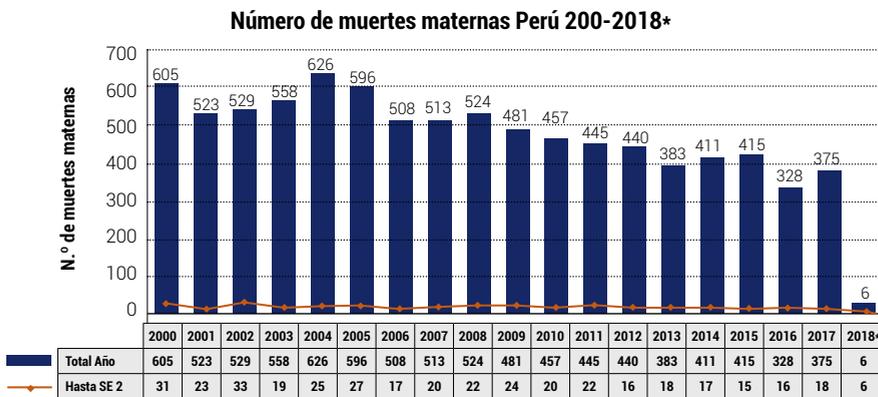
c) Mujeres embarazadas

La definición legal del embarazo sigue a la definición médica, la cual para la OMS, comienza al término de la fecundación, implantación y nidación (Atrash HK, 1987), y que culmina con el parto. Ahora, si bien

la maternidad es, a menudo, una experiencia positiva; sin embargo, para demasiadas mujeres es sinónimo de sufrimiento, enfermedad e incluso de muerte. Ello se advierte, al existir cinco complicaciones directamente relacionadas y que son responsables de más del 70% de las muertes maternas, consistentes en: hemorragias, infecciones, abortos peligrosos, eclampsia y parto obstruido. Por lo tanto, la atención especializada antes, durante y después del parto, puede salvar la vida, tanto a las embarazadas, como a los fetos o embriones y recién nacidos (OMS O. M., 2020).

Así, la mortalidad materna es inaceptablemente alta, puesto que cada día mueren en todo el mundo unas 830 mujeres por complicaciones relacionadas con el embarazo o el parto. Ello se advierte, a partir de un estudio realizado en el año 2015, en el cual se estimaron que unas 303,000 muertes de mujeres, se produjeron durante el embarazo y el parto o después de ellos (OMS O. M., Mortalidad Materna, 2019).

Situación que se refleja en nuestro país, donde el número de muertes maternas desde el año 2000 hasta el 2017¹, ha ido bajando progresivamente, desde su pico máximo de 626 en el años 2004 hasta llegar al más bajo de 328 en el 2016, puesto que en el año 2017 se tuvo un pequeño aumento, al reportarse 375 muertes maternas, como se advierte del siguiente gráfico:



** Se ha considerado los casos de muerte materna de clasificación preliminar directa e indirecta
Fuentes: Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades - MINSA (*) Hasta la SE 02 del 2018

1 No se toma en cuenta el año 2018, al tener datos insuficientes únicamente hasta la segunda semana.

Asimismo, se advierte que entre los años 2013 al 2017², más del 40% de las muertes maternas en el Perú, se produjeron por complicaciones obstétricas debido al embarazo, parto o puerperio (lo que puede aumentar por complicaciones en la gestación o parto, a consecuencia del contagio por COVID-19), como se refleja del siguiente cuadro:

Muertes maternas según clasificación preliminar a la SE2, 2013-2018



Los datos de clasificación preliminar son recogidos del sistema de notificación de casos y podría variar de acuerdo a los hallazgos de la investigación epidemiológica de cada caso de muerte materna.

Muerte Materna Directa:

Es la muerte obstétrica que resulta de complicaciones, obstétricas del embarazo, parto o puerperio, de intervenciones, de omisiones, de tratamiento incorrecto, o de una cadena de acontecimientos originados en cualquiera de las circunstancias mencionadas.

Muerte Materna Indirecta:

Es la muerte obstétrica que resulta o deriva de enfermedad previamente existente o enfermedad que apareció durante el embarazo y que no fue debida a causas obstétricas directas, pero agravada por los efectos o cambios fisiológicos propios del embarazo.

Muerte Materna Incidental:

Es la muerte que no está relacionada con el embarazo, parto o puerperio, ni con una enfermedad preexistente o intercurrente agravada por efecto del mismo y que es producida por causas accidentales o incidentales.

** Se ha considerado los casos de muerte materna de clasificación preliminar directa, indirecta e incidental.

Fuentes: Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades - MINSa (*) Hasta la SE 02 del 2018

Es así que en nuestro país, cada día 2 mujeres mueren por complicaciones durante el embarazo, parto o puerperio; mientras que, 856 mujeres sufren complicaciones del embarazo. Siendo así, si bien la mortalidad materna en las últimas décadas se redujo de 400 a 185 por cada 100,000 nacidos vivos en el país (la última cifra corresponde al Enero de 2000); sin embargo, es una de las más altas de América Latina (MINSa).

Por otro lado, en relación a los factores de riesgo, el Instituto Laboral de la Comunidad Andina (Instituto Laboral Andino, 2005), señala que al existir cambios metabólicos que se producen durante el embarazo, entre ellos, el aumento de la absorción pulmonar y del gasto cardíaco, el retraso del vaciamiento gástrico, así como el aumento de la motilidad intestinal y de la grasa corporal; provocan que, tanto la trabajadora embarazada como el embrión o feto, puedan estar más vulnerables a circunstancias perjudi-

2 No se toma en cuenta el año 2018, al tener datos insuficientes únicamente hasta la segunda semana.

ciales, como es a la exposición de sustancias tóxicas peligrosas. Siendo así, se advierte que la exposición profesional en el trabajo de la mujer gestante, tiene consecuencias adversas, resultando necesario la realización de una evaluación de todos los aspectos de la actividad profesional, con objeto de detectar los factores de riesgo o peligro que puedan causar posibles lesiones o daños, que afecten en el periodo de gestación, la salud y la vida, tanto de la embarazada como del feto, a fin de establecer la manera de eliminarlos, reducirlos o controlarlos.

d) Principio del interés superior del niño

Conforme el artículo 1° de la "Convención sobre los Derechos del Niño", *"se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad"*; y, en relación a la consagración del principio del interés superior del niño, en el artículo 3°, se establece que *"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"*. Asimismo, la Observación General 14 del Comité de Derechos del Niño (UNICEF, 2014), afirma, que:

"El interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimientos basados en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta. El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño."

Por otro lado, de acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño (OEA, 2017), se considera que el interés superior del niño tiene tres dimensiones:

- **Como un derecho sustantivo:** Consiste en que el interés superior del derecho del niño sea una consideración primordial, que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para

tomar una decisión que le afecte o le podría afectar. Aplicable tanto si la decisión afecta a un niño, a un grupo de niños en concreto o a los niños en general. Por lo que, viene a ser de aplicación directa o de efecto inmediato, y puede invocarse, tanto ante los tribunales, como a cualquier otro organismo público o privado.

- **Como un principio jurídico interpretativo fundamental:** Refiere que, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño, considerando todos los derechos contenidos en la Convención.
- **Como una norma de procedimiento:** Está dirigido en que la evaluación y determinación del interés superior del niño, requiere garantías procesales para asegurar que se tome en consideración de forma seria, y no sea aplicado de modo arbitrario o subjetivo. Es así que se deberá dejar justificación de la decisión adoptada, que razone explícitamente cómo se ha tenido en cuenta el interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión, y cómo se han ponderado sus intereses frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas o de casos concretos.

En nuestro país, de acuerdo con el artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, “*Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad*”, asimismo, señala que “*El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. Si existiera duda acerca de la edad de una persona, se considera niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario.*”. Además, al igual que en las normas con carácter *erga omnes*, en el artículo IX del mismo cuerpo normativo, se establece que en toda medida relacionada al niño y al adolescente, el Estado, las diversas instituciones públicas o privadas, y la sociedad, deben considerar el principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, así como el respeto irrestricto de sus derechos³.

3 “En suma, tanto la Constitución como las normas internacionales de protección a los

Siendo así, se colige que el principio del interés superior del niño, expresa el reconocimiento y la obligación del Estado, los organismos públicos y privados, así como de la población en general, de garantizar el ejercicio de los derechos humanos de uno de los grupos más débiles o vulnerables de la sociedad, como son los niños o menores de edad, desde el momento de su concepción (que es considerado como ser humano), hasta antes que cumpla la mayoría de edad, en nuestro país a los 18 años de edad, a partir de una interpretación en su favor, de toda circunstancia o acontecimiento, que pueda mellar su dignidad, tanto al momento de la producción de normas, como en su interpretación⁴.

e) Trabajo decente

Considerado por la Organización Internacional del Trabajo – en adelante OIT- (fundada en 1919) (LEVAGGI, 2004), como un derecho humano, que tuvo su primera mención el año 1999, cuando Juan Somavia -Primer Director General- presentó su memoria “Trabajo decente”, en la cual introduce el mencionado concepto, caracterizado por cuatro objetivos estratégicos: los derechos en el trabajo, las oportunidades de empleo, la protección social y el diálogo social. Los cuales están dirigidos a cumplir una función en el logro de metas más amplias, como la inclusión social,

derechos de los niños imponen a los Estados la obligación de garantizar, en todo momento, su interés superior, lo que presupone colocar a los niños en un lugar de singular relevancia en el diseño e implementación de las políticas públicas, dada su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida y que se encuentran en situación de indefensión, por lo que requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado, a fin de que puedan alcanzar el pleno desarrollo de su personalidad.” (Expediente N.º 01272-2017-PA/TC, fundamento jurídico 66)

4 Existe una doctrina constitucional firme (Cfr. Expedientes N.º 03744-2007-PHC/TC, 02132-2008-PA/TC y N.º 04058 2012-PA/TU, entre otros), que se resume en dos reglas básicas: la primera es que “el principio constitucional de protección del niño, niña y adolescente presupone que los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por sus derechos fundamentales.(...)” (Expediente N.º 04058 2012-PA/TU, fundamento jurídico 19)

la erradicación de la pobreza, el fortalecimiento de la democracia, el desarrollo integral y la realización personal.

Es así que, el trabajo decente viene a ser un concepto que busca expresar lo que debería ser, en el mundo globalizado, un buen trabajo o un empleo digno; es decir, el trabajo que dignifica y permite el desarrollo de las propias capacidades, no viniendo a ser cualquier trabajo, conforme se encuentra plasmado en el artículo 1° de nuestra Carta Magna, al expresar que *“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”* En contrario, no es decente el trabajo que se realiza sin respeto a los principios y derechos laborales fundamentales (específicos o inespecíficos), ni el que no permite un ingreso justo y proporcional al esfuerzo realizado (equitativa y suficiente), sin discriminación de género o de cualquier otro tipo, ni el que se lleva a cabo sin protección social, ni aquel que excluye el diálogo social y el tripartismo, conforme los artículos 22° al 29° de la Constitución Política del Estado.

Por lo tanto, promover el trabajo decente contribuirá a estabilizar un modelo de desarrollo -en democracia-, que ponga al centro a la persona humana y resulte, por ende, impulsor de la inclusión, a partir del cual crecerá el número de trabajadores satisfechos con el régimen democrático, al mantenerse incólume y propiciar su trabajo digno, propio de un Estado Social y Democrático de Derecho, como el nuestro⁵ (Tribunal Constitucional, 2003).

2. ANÁLISIS

a) Legislación sobre mujeres trabajadoras embarazadas

Las trabajadoras embarazadas constituyen un sector de la población mundial vulnerable, que ha sido materia de protección por la normativa laboral internacional, a través de los Convenios celebrados por la OIT, en específico el “Convenio N.° 183 sobre la Protección de la maternidad” del año 2000 (OIT O. I.), a partir del cual se establece en su artículo 3°, que:

5 Expediente N.° 0008-2003-AI-TC, fundamento jurídico 10.

*"Todo Miembro, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, **deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo** que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o **respecto del cual se haya establecido mediante evaluación que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo.**" (El énfasis es nuestro)*

Asimismo, en la Recomendación N.º 191 sobre la Protección de la maternidad, del año 2000 (OIT O. I.), se establece sobre la Protección de la Salud de las mujeres trabajadoras embarazadas, que:

*"(1) Los Miembros deberían tomar medidas para **garantizar la evaluación de todo riesgo para la seguridad y la salud de la mujer embarazada o lactante y de su hijo en el lugar de trabajo.** Los resultados de dicha evaluación deberían ser comunicados a la mujer interesada.*

*(2) En cualquiera de las situaciones enumeradas en el artículo 3 del Convenio o **cuando haya sido determinada la existencia de un riesgo significativo**, a tenor de lo dispuesto en el subpárrafo 1), **deberían adoptarse medidas para que, bajo presentación de un certificado médico, se ofrezcan las opciones siguientes:***

- (a) **la eliminación del riesgo;***
- (b) **la adaptación de sus condiciones de trabajo;***
- (c) **el traslado a otro puesto, sin pérdida de salario, cuando dicha adaptación no sea posible, o***
- (d) **una licencia remunerada otorgada de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, cuando dicho traslado no sea realizable.***

*(3) **Deberían adoptarse las medidas previstas en el subpárrafo 2) en particular cuando se trate de:***

- (...)*
- (b) **todo trabajo que exponga a la mujer a agentes biológicos, químicos o físicos que puedan ser peligrosos para sus funciones reproductivas;***

(...)
*(5) **La mujer debería conservar el derecho a reincorporarse a su trabajo o a un trabajo equivalente tan pronto ello deje de encerrar un riesgo para su salud.***

(...)" (el énfasis es nuestro)

Evidenciándose, que el mayor ente global laboral, establece una especial protección de las mujeres embarazadas, a fin de evitar la existencia de riesgos en la gestación, que ocasionen daños o perjuicios en contra, tanto de la embarazada, como de su hijo, al indicar que los Estados y empleadores, deben adoptar las medidas necesarias y suficientes, para garantizar que éstas no desempeñen un trabajo, respecto del cual se haya determinado que conlleva un riesgo significativo en el proceso de gestación, que afecte su salud o de su hijo, entre los cuales se encuentran la exposición a agentes biológicos, químicos o físicos, que puedan ser peligrosos para sus función reproductiva, verbigracia, un virus.

Entre las medidas a adoptar se encuentra en primer lugar, la eliminación del riesgo; caso contrario, de no ser posible su erradicación, se procederá en estricto orden, con la adaptación de las condiciones de trabajo. De no poderse realizar, se efectuará el traslado a otro puesto, sin pérdida de salario, jerarquía o nivel remunerativo. Asimismo, si no es factible la adopción de ninguna de las anteriores, se otorgará una licencia remunerada hasta que su trabajo deje de ser riesgoso para su salud, siempre respetando su dignidad y derechos laborales.

Tratado internacional que irradia su eficacia y poder *erga omnes*, a todos los países que lo hayan ratificado, entre ellos el Perú, el 09 de mayo de 2016; por lo tanto, la perspectiva de protección a las trabajadoras embarazadas, debe encontrarse en toda la normativa laboral y extra laboral de nuestra nación, como es en la legislación sobre Seguridad y Salud en el Trabajo, y normas conexas.

En el ámbito regional, la protección de la mujer embarazada ha sido recogida por la Comunidad Andina de Naciones (CAN), de la cual forma parte el Perú, al emitirse la DECISIÓN 584, que contiene el “INSTRUMENTO ANDINO DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO”, estableciéndose en su artículo 27°:

“Cuando las actividades que normalmente realiza una trabajadora resulten peligrosas durante el período de embarazo o lactancia, los empleadores deberán adoptar las medidas necesarias para evitar su

exposición a tales riesgos. **Para ello, adaptarán las condiciones de trabajo, incluyendo el traslado temporal a un puesto de trabajo distinto y compatible con su condición, hasta tanto su estado de salud permita su reincorporación al puesto de trabajo correspondiente.** En cualquier caso, se garantizará a la trabajadora sus derechos laborales, conforme a lo dispuesto en la legislación nacional de cada uno de los Países Miembros." (Énfasis es nuestro).

El que, al igual que el Convenio N.º 183 de la OIT, establece medidas protectoras para las embarazadas cuando sus actividades resultan peligrosas durante el periodo de gestación, consistentes en la adopción de condiciones de trabajo, como el traslado temporal a un puesto de trabajo distinto, siempre compatible con su condición, en garantía de sus derechos laborales. Los que fueron adoptadas por nuestro país en la Ley N.º 28048 – “Ley de protección a favor de la mujer gestante que realiza labores que pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto”, de fecha 08 de julio del año 2003:

*"Artículo 1.- Objeto de la Ley En los centros de trabajo las mujeres gestantes solicitarán 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 cual debe estar certificado por el médico tratante. **El empleador después de tomar conocimiento de lo solicitado asignará a la mujer gestante labores que no pongan en riesgo la salud y/o desarrollo normal del embrión y el feto durante el período de gestación, sin afectar sus derechos laborales.**"*⁶ (El énfasis es nuestro)

6 Es menester tener en cuenta que el Congreso de la República el 07 de setiembre de 2020, con 118 votos a favor, 0 en contra y 0 abstenciones, aprobó el Dictamen del Proyecto de Ley N.º 6095 – “Ley que amplía las medidas de protección laboral para mujeres gestantes y madres lactantes en casos de emergencia nacional sanitaria”, mediante el cual se busca modificar el artículo 1º de la Ley N.º 24048, agregándose en la parte *in fine* lo siguiente: “Durante la vigencia de estado de emergencia nacional de carácter sanitario declarada por el Estado, el empleador identifica a las trabajadoras mujeres gestantes y madres lactantes cuya integridad o la de su menor hijola son puestas en riesgo por las circunstancias que propiciaron el estado de excepción decretado, a efectos de aplicar de forma obligatoria el trabajo remoto para el cumplimiento de sus actividades laborales. Cuando la naturaleza de las labores no sea compatible con el trabajo remoto y mientras dure la emergencia sanitaria, el empleador asigna a las mujeres gestantes y madres lactantes labores compatibles con las funciones que originalmente realizaba, o en su defecto otorga preferentemente licencia con goce de haber sujeta a compensación posterior.”

Del que se advierte que, en caso de existir condiciones que pongan en riesgo su salud o el desarrollo normal del feto, las embarazadas tienen la posibilidad de solicitar al empleador adoptar las medidas necesarias, a fin de evitar la ocurrencia de daños en su periodo de gestación, conforme se encuentra previsto en los artículos 2° y 3° del Reglamento de la Ley N.º 28048, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 009-2004-TR, al prescribirse que:

*"Artículo 2.- Situaciones susceptibles de poner en riesgo la salud de la mujer gestante y/o el desarrollo normal del embrión y el feto. Se consideran situaciones susceptibles de poner en riesgo la salud de la mujer gestante y/o el desarrollo normal del embrión y el feto: 1. Riesgos generados por las condiciones de trabajo durante el período de gestación: a. **La exposición de la mujer gestante a agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales, procedimientos o condiciones de trabajo peligrosos, debido al lugar donde desarrolla las labores propias de su puesto de trabajo. (...)**" (El énfasis es nuestro)*

*"Artículo 3.- Carácter temporal del cambio de labores. **La asignación de labores distintas a las habituales, incluso la que conlleva un cambio de puesto de trabajo, constituye una medida temporal, que se mantiene en tanto persista alguna de las situaciones descritas en el artículo 2 del presente Reglamento. Culmina indefectiblemente con el parto.** Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo precedente, por pacto individual o convenio colectivo se puede acordar extender la medida hasta que concluya el período de lactancia, en atención a los riesgos que puedan afectar al recién nacido a través de la leche materna." (El énfasis es nuestro)*

De ello se advierte que, al igual que las normas *erga omnes* antes precisadas, en nuestro ordenamiento jurídico se establece que la exposición de la mujer embarazada a agentes biológicos, debido al lugar donde desarrolla las labores propias de su puesto de trabajo, como es el caso de virus o pandemias, se considera una manifiesta situación de riesgo para su salud y/o el desarrollo normal del embrión o feto; motivo por el que, el empleador le deberá asignar de forma temporal, durante el período de gestación, labores distintas a las habituales, incluso que conlleven a un

Recuperado de: <https://comunicaciones.congreso.gob.pe/noticias/madres-gestantes-y-lactantes-seran-protégidas-laboralmente-en-estado-de-emergencia-sanitaria/>

cambio de puesto de trabajo, sin afectar sus derechos laborales, el cual se mantendrá hasta que persista la situación de riesgo o que ocurra el parto, salvo acuerdo que se extienda por más tiempo.

Asimismo, en el la Ley N.º 29783 –Ley la Seguridad y Salud en el Trabajo, y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N.º 005-2012-TR, también se ha previsto, que los empleadores otorguen una especial protección a las trabajadoras en periodo de gestación, al establecerse en el artículo 66º de la Ley y 92 del Reglamento, que:

"Artículo 66. Enfoque de género y protección de las trabajadoras

*El empleador adopta el enfoque de género para la determinación de la evaluación inicial y el proceso de identificación de peligros y evaluación de riesgos anual. Asimismo, **implementa las medidas necesarias para evitar la exposición de las trabajadoras en período de embarazo o lactancia a labores peligrosas**, de conformidad a la ley de la materia.*

Las trabajadoras en estado de gestación tienen derecho a ser transferidas a otro puesto que no implique riesgo para su salud integral, sin menoscabo de sus derechos remunerativos y de categoría." (El énfasis es nuestro)

*"Artículo 92. - **La asignación de puestos de trabajo**, conforme a lo establecido en el artículo 51 de la Ley, debe considerar los factores que pueden afectar a los trabajadores con relación a la función reproductiva. **Asimismo, cuando la trabajadora se encuentre en periodo de gestación o lactancia se deberá cumplir con lo estipulado en las normas respectivas.**"*
(El énfasis es nuestro)

De ello se advierte, que la norma matriz sobre seguridad y salud en el trabajo nacional, también establece parámetros de protección especial a las trabajadoras embarazadas durante el periodo de gestación, consistentes en la implementación de las medidas necesarias para evitar su exposición a labores peligrosas, a través de su transferencia a otro puesto de trabajo que no implique riesgo para su salud, siempre respetando sus derechos remunerativos y de categoría, de conformidad con las normas específicas sobre la materia, como es la Ley N.º 28048.

Siendo así, se evidencia que la protección especial de las trabajadoras embarazadas, está contenido en el andamiaje normativo, nacional e internacional, cimentado en el artículo 23º de nuestra Carta Magna, al prescribir

que “*El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.*”; a partir del cual, todas las entidades públicas y privadas, así como las personas naturales y jurídicas, se encuentran en la obligación de promover, impulsar y preservar la vida y la buena salud de las mujeres embarazadas y/o del feto o embrión, previniendo la configuración de riesgos en el periodo de gestación, tanto en el ámbito social y laboral.

b) La madre trabajadora como grupo especial de protección, frente a la COVID-19

Al haberse determinado que la COVID- 19 es una enfermedad infecciosa, que se puede contraer fácilmente a través del ambiente, por la inhalación de gotículas expelidas por una persona contagiada que se encuentre cerca, generando posiblemente un cuadro crítico o grave en el sistema respiratorio, tanto en personas con y sin afecciones médicas, teniendo incluso consecuencias mortales; y, que las embarazadas se encuentran en situación vulnerable, debido a los cambios metabólicos que sufren, lo cual ocasiona complicaciones en el periodo de gestación, en el parto o después de ellos, produciéndose en algunos casos abortos peligrosos, partos prematuros, e incluso la muerte de la madre gestante o del feto, por haberse encontrado expuestos a condiciones riesgosas, que pudieron afectar o afectaron el periodo de gestación. Se colige que, toda exposición de las embarazadas a condiciones riesgosas, que puedan ocasionar contraer la COVID – 19, sería nefastas e incluso mortales, en contra de su vida y su salud, y/o del infante o concebido, al encontrarse éstas en una situación evidentemente vulnerable, por el cambio que experimentan, en mella de su bienestar e integridad.

Asimismo, se advierte, que si bien es cierto las embarazadas no son consideradas como grupo de riesgo en el documento técnico “Lineamientos para la Vigilancia, Prevención y Control de la Salud de los trabajadores con riesgo de exposición a la COVID– 19”⁷, al haber señalado inicialmente

7 Aprobado mediante Resolución Ministerial N.º 448-2020-MINSA.

la OMS que *"Se están investigando las consecuencias de la infección de la COVID 19 en las mujeres embarazadas. Disponemos de datos limitados, pero no hay pruebas de que corran mayor riesgo de enfermedad grave que la población en general."* (OMS O. M., 2020); sin embargo, la COVID-19 aún es una enfermedad considerada "nueva" que se está conociendo y estudiando, además que *"...debido a las transformaciones que experimentan sus cuerpos y sistemas inmunitarios, sabemos que las mujeres embarazadas pueden verse gravemente afectadas por algunas infecciones respiratorias."* (OMS O. M., 2020).

Ello tiene relación con que la Organización Panamericana de la Salud (OPS, 2020), haya manifestado que *"Los datos disponibles hasta el momento sugieren que las mujeres embarazadas están en mayor riesgo de desarrollar una forma grave de COVID-19 y, en algunos casos, podrían evolucionar a la muerte", advierte la Alerta Epidemiológica de la OPS. En ese sentido, la OPS recomienda que los países aborden los riesgos y vulnerabilidades específicas que enfrenta esta población.*⁸; además, que se han reportado en países de nuestro continente desde el 01 de enero hasta el 11 de agosto de 2020, casos de embarazadas contagiadas con COVID-19, de los cuales algunos tuvieron consecuencias mortales, ubicándose el Perú en el segundo puesto de embarazadas contagiadas con un número de 4,782 (superado únicamente por Estados Unidos de América con 15,735), y en cuarto lugar de fallecidas con un total de 36, como se advierte del siguiente cuadro resumen (OPS, Organización Panamericana de la Salud; OMS, Organización Mundial de la Salud, 2020):

8 "Los datos recopilados por la OPS mostraron que 28.387 casos de COVID-19 en mujeres embarazadas han sido reportados por 10 países, y 356 muertes se han notificado desde enero al 11 de agosto." Recuperado de: <https://www.paho.org/es/noticias/21-8-2020-ops-pide-paises-que-garanticen-controles-prenatales-para-embarazadas-porque>

TABLA 1. CAOS Y DEFUNCIONES DE EMBARAZADAS CON COVID-19, SEGÚN PAÍS. REGIÓN DE LAS AMÉRICAS. 1 DE ENERO DE 2020 AL 11 DE AGOSTO DE 2020

EMBARAZADAS CON COVID-19		
País	Vivas	Fallecidas
Argentina	155	1
Bolivia	50	5
Brasil	2,256	135
Colombia	571	2
Ecuador	849	20
Estados Unidos de América	15.735	37
Haití	39	2
México	3.916	106
Perú	4.782	36
República Dominicana	304	12

Fuente. Centro Latinoamericano de Perinatología. Salud de la Mujer, y Reproductiva (CLAP/SMP). Información publicada en los sitios web de los Ministerios de Salud. Agencias de Salud o similares y reproductivas por la OPS/OMS.

Por lo tanto, al ser las trabajadoras gestantes potencialmente vulnerables al contagio y desarrollar una forma grave de Covid – 19 (en algunos casos, podrían evolucionar hasta la muerte), no se les debería descartar como grupo de especial protección o de riesgo, como una medida preventiva para reducir la morbilidad y la mortalidad asociadas con dicha enfermedad, así como reducir la mortalidad materna y perinatal (OPS, 2020), Tal como lo sugiere la OPS y OMS, al señalar que “*para interrumpir la transmisión* de COVID-19 deben realizarse las actividades listadas abajo, las cuales también se aplican a mujeres embarazadas: • Detección temprana de casos sospechosos; • Confirmación por laboratorio; • Aislamiento; • Rastreo y cuarentena de contactos.” (OPS, Organización Panamericana de la Salud; OMS, Organización Mundial de la Salud, 2020)

Ello se evidencia, también, porque de contraer o contagiarse una embarazada de COVID-19, originaría problemas –inmunodeficiencia- en su salud, agravando un posible resfrío u otra enfermedad que pudiese padecer, lo que convertiría su embarazo en riesgoso. De igual forma, de contraer un resfrío o una enfermedad respiratoria, y posteriormente

contagiarse de COVID – 19, esta última agravaría su enfermedad inicial, ocasionando, incluso, partos prematuros en perjuicio del neonato. Similar riesgo padecen las madres trabajadoras lactantes al estar expuestas y exponer a sus bebés cuando tengan que dar de lactar en el centro de trabajo, pudiendo contagiar al infante de COVID-19, lo cual sería perjudicial e incluso posiblemente mortal para éste.

Asimismo, al evidenciarse que en caso de contagiarse la trabajadora embarazada, se pondría en riesgo y peligro la gestación, y, por ende, la salud y vida del feto, considerado como infante; cobra sustancial importancia la aplicación del principio del interés superior del niño, al encontrarse estos afectados. Es por ello, que el Gobierno al momento de establecer si las mujeres embarazadas se encuentran o no, consideradas como un grupo de riesgo frente a la COVID – 19, no debe limitar su valoración y análisis únicamente a la salud o vida de la madre, sino también respecto a la del niño que lleva dentro, puesto que dicha decisión también le afectaría directamente; por lo tanto, se debe evaluar y tener en cuenta también el derecho de niño, al sopesar los intereses en conflicto, con la finalidad garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y la Constitución Política del Estado, entre ellos la vida y la salud.

Así, al advertirse que las trabajadoras embarazadas son consideradas población vulnerable, en posible contagio en el estado de pandemia, además que la OMS no ha establecida, de forma absoluta, que las mujeres embarazadas no corran mayor riesgo de enfermarse gravemente en comparación con la población en general, por tratarse la COVID – 19 de una enfermedad nueva y aún en estudio; existiendo por un lado, el interés de no incluir a éstas como grupos de riesgo por datos científicos limitados, y por el otro, el interés de salvaguardar la vida de la mujer embarazada, aunado al interés superior del niño, al poderse ver afectado su vida y su salud; es menester que, las mujeres embarazadas reciban una protección especial, debiendo ser consideradas dentro de los grupos de riesgo establecido en el documento técnico “Lineamientos para la Vigilancia, Prevención y Control de la Salud de los trabajadores con riesgo de exposición a la COVID– 19”,

aprobado mediante Resolución Ministerial N.º 448-2020-MINSA, o, por lo menos, como tal al momento de elaborarse el “Plan para la Vigilancia, Prevención y Control de la Salud de los trabajadores con riesgo de exposición a la COVID-19 en el trabajo”.

Por lo tanto, la Seguridad y Salud en el Trabajo en cumplimiento del principio de prevención⁹, debe darles trato especial, no solo por ser consideradas como sujeto especialmente protegido, a partir del enfoque de género por el puesto de trabajo o labores desempeñadas, sino por su situación de vulnerabilidad, al realizar labores presenciales, debe exponerse, al tener contacto o socializar con otros compañeros de trabajo o con el público usuario. Ello a fin de prevenir y proteger, en beneficio de la madre, así como del niño concebido, evitándose contingencias, como costos humanos y económicos, tanto para la empresa, la población, y para el Estado. Tal Como ha sido asumido por el Gobierno de España, al considerar en el Informe Técnico sobre “Enfermedad por Coronavirus, COVID-19” emitido por el Ministerio de Sanidad de España (2020), que las embarazadas son un grupo con mayor riesgo de desarrollar enfermedad grave por COVID.

Situación de protección especial, que se encuentra cimentado, no solo en nuestra Carta Magna y la normativa nacional, sino también en las internacionales, como es el “Convenio N.º 183 sobre la Protección de la maternidad” del año 2000, en los cuales se reconoce la aplicación del principio de interés superior del niño, así como la promoción de la especial protección de la mujer embarazada y del menor de edad (concebidos), tanto en la sociedad como en el centro de trabajo, a partir del cual el Gobierno, los empleadores y la sociedad, deben adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se les obligue desempeñar un trabajo perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido que conlleva

9 **I. PRINCIPIO DE PREVENCIÓN.** El empleador garantiza, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, y de aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores. Debe considerar factores sociales, laborales y biológicos, diferenciados en función del sexo, incorporando la dimensión de género en la evaluación y prevención de los riesgos en la salud laboral.

un riesgo significativo para la salud de éstos, debiendo ser principalmente eliminado, caso contrario la adaptación de las condiciones de trabajo, a fin de evitarse daños en contra de la trabajadora gestante y del feto, consistente prioritariamente en la aplicación del trabajo remoto (conforme al artículo 20° del Decreto de Urgencia N.° 026-2020-PCM), la movilidad de puestos, e incluso la aplicación de licencias remuneradas, cuando el traslado de cargos no sea posible, sin que estas medidas alternativas afecten los derechos laborales de la trabajadora gestante, en pleno reconocimiento de su trabajo decente y digno¹⁰.

c) ¿Responsabilidad del empleador por no considerar a las embarazadas como grupo de especial protección por COVID-19, en el "Plan"?

Al haberse determinado que en el caso de las embarazadas, por su estado de vulnerabilidad, deberían ser consideradas como grupo de especial protección o de riesgo por contagio de COVID-19, y por ende, corresponder la aplicación prioritaria del trabajo remoto, o de no ser posible esta, concederse licencia con goce de haber sujeta a compensación posterior; es posible que, en caso de no realizarse dichas medidas complementarias, la trabajadora embarazada tenga la posibilidad de recurrir a la SUNAFIL, e incluso al Poder Judicial, por tutela de sus derechos.

Es así, que basta que la embarazada solicite al empleador no realizar labores que pongan en peligro su salud y del feto, por exposición a agentes biológicos, como es el posible contagio de covid 19, para que éste le asigne labores o implemente medidas que no pongan en riesgo la salud y/o desarrollo normal del embrión y el feto durante el período de gestación, sin afectar sus derechos laborales, como es el otorgamiento del trabajo remoto o licencia, de forma temporal, hasta que persista el riesgo de contagio o la culminación de la licencia por maternidad posterior al parto, sin perjuicio que se mantenga durante el periodo de lactancia, como medida preventiva

10 Medida que es coherente con el Proyecto de Ley N.° 6095, sobre la aplicación obligatoria del trabajo remoto en el caso de las trabajadoras embarazadas, o en su defecto, otorgarse preferentemente licencia con goce de haber sujeta a compensación posterior.

para evitar posibles contingencias en perjuicio del empleador y/o de la trabajadora, y en cumplimiento de la normativa¹¹.

Ahora, de no ser consideradas con trabajo remoto u otra medida alternativa, estas podrían solicitar a su empleador el cese de los actos de hostilidad por la inobservancia de medidas de seguridad que pueden afectar o poner en riesgo su vida y su salud, así como la del concebido. Siendo que, de no modificarse sus condiciones de trabajo por no cesar los actos hostiles, éstas podrían accionar administrativa y/o judicialmente solicitando el cese de los actos de hostilidad, así como poderse considerar auto despedidas, solicitando el pago de una indemnización por despido arbitrario¹².

El inspector laboral de la SUNAFIL al evaluar y concluir que se ha inobservado la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo, al exponerse a las embarazadas al riesgo grave e inminente de contagiarse de COVID 19, por no haber sido consideradas como grupo de especial protección y no otorgarle una medida alternativa, como el trabajo remoto, podría recomendar al empleador que se lleve a cabo una modificación necesaria en el método de trabajo, como es el hacer que las embarazadas presten servicios remotos, o de no ser posible la medida en su puesto, otorgarle distintas funciones de forma temporal, caso contrario la implementación de una medida alternativa, siempre que no afecte sus derechos laborales¹³.

11 Conforme la Ley N.º 24048.

12 Decreto Supremo N.º 003-97-TR

Artículo 30.- Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes:

- d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador.

Artículo 35.- El trabajador que se considere hostilizado por cualquiera de las causales a que se refiere el Artículo 30 de la presente Ley, podrá optar excluyentemente por:

- a) Accionar para que cese la hostilidad. Si la demanda fuese declarada fundada se resolverá por el cese de la hostilidad, imponiéndose al empleador la multa que corresponda a la gravedad de la falta; o,b) La terminación del contrato de trabajo en cuyo caso demandará el pago de la indemnización a que se refiere el Artículo 38 de esta Ley, independientemente de la multa y de los beneficios sociales que puedan corresponderle.

13 Decreto Supremo N.º 019-2006-TR.

Asimismo, el inspector podría sancionar con multa al empleador, al haberse incumplido e inobservado las disposiciones relacionadas con la protección de la seguridad y salud en el trabajo de las mujeres trabajadoras durante los períodos de embarazo y lactancia¹⁴, como es de la Ley N.º 28048 y la Ley sobre Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N.º 29783.

Por otro lado, de mantenerse las medidas hostiles, las trabajadoras embarazadas tendrían la opción de recurrir (de forma paralela a la SUNA-FIL) al Poder Judicial, a fin que el empleador cese los actos de hostilidad; o, pretenda el pago de una indemnización por despido arbitrario, dándose por despedida.

3. CONCLUSIONES

- I. Las embarazadas, entre ellas, las trabajadoras, deben ser incorporadas por la Autoridad Sanitaria dentro de los grupos de riesgo de por la COVID-19, al encontrarse en una situación de vulnerabilidad en caso de sufrir enfermedades respiratorias; a fin de evitar posibles situaciones que pongan en riesgo y peligro

Artículo 18.- Medidas inspectivas

18.2 En los casos de infracciones al ordenamiento jurídico sociolaboral, cualquiera que sea la materia a la que afecten, se requiere al sujeto responsable de su comisión, la adopción en un plazo determinado, de las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las disposiciones vulneradas.

En materia de seguridad y salud en el trabajo, a fin de prevenir la exposición a riesgos laborales de los trabajadores, el inspector del trabajo requiere que se lleven a cabo las modificaciones necesarias en las instalaciones, en el montaje o en los métodos de trabajo.

18.3 El inspector del trabajo evalúa si la inobservancia de la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo implica un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores, a efecto de disponer la paralización y/o prohibición inmediata de trabajos o tareas.

- 14 Decreto Supremo N.º 019-2006-TR

Artículo 25.- Infracciones muy graves en materia de relaciones laborales

25.16 El incumplimiento de las disposiciones relacionadas con la protección de las mujeres trabajadoras durante los períodos de embarazo y lactancia.

Artículo 28.- Infracciones muy graves de seguridad y salud en el trabajo

28.1 No observar las normas específicas en materia de protección de la seguridad y salud de las trabajadoras durante los periodos de embarazo y lactancia y de los trabajadores con discapacidad.

el periodo de gestación, que puedan ocasionar daños en la vida y la salud, tanto de estas como de sus hijos concebidos.

- II.** Si bien inicialmente la OMS, y los estudios sobre la COVID-19, han establecido que no hay pruebas absolutas que las mujeres embarazadas corran mayor riesgo de enfermedad grave que la población en general; sin embargo, por la condición de vulnerabilidad de estas, como fin preventivo de la seguridad y salud en el trabajo, deben ser consideradas como grupo de riesgo o de especial protección, más aún si es una enfermedad considerada nueva que viene siendo estudiada, y que la OPS ha sugerido recientemente, que sí están en mayor riesgo de desarrollar una forma grave de COVID-19.
- III.** La normativa nacional e internacional, velan y promueven la especial protección de las mujeres embarazadas, y de los niños o menores de edad, como el concebido, por sus condiciones de población vulnerable; por lo tanto, en aplicación del principio de interés superior del niño, el periodo de gestación debe ser considerado primordialmente como una situación de especial protección y cautela, tanto por las instituciones gubernamentales y la sociedad en general, al momento de la producción de normas, y/o en su interpretación.
- IV.** Los empleadores deberían considerar a las embarazadas dentro del grupo de riesgo o especial protección en la implementación del Plan, aplicándoles el trabajo remoto u otra medida complementaria temporal, siempre que no afecte sus derechos laborales; a fin de prevenir posibles contingencias administrativas y/o judiciales.
- V.** De no aplicarse trabajo remoto u otra medida complementaria temporal, las embarazadas podrían accionar administrativa y/o judicialmente (de forma simultánea o no), el cese de los actos de hostilidad o el pago de una indemnización por despido arbitrario (de considerarse auto despedida).

BIBLIOGRAFÍA

- Tribunal Constitucional, 0008-2003-AI-TC (Tribunal Constitucional del Perú 14 de noviembre de 2003).
- ATRASH HK, F. A. (1987). Abdominal Pregnancy in the United States: Frequency and Mortality. *Obstet Gynecol.*
- INEI, I. N. (27 de agosto de 2020). *Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI*. Obtenido de https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/boletines/boletin_pbi_trimestral_iit_2020.pdf
- Instituto laboral andino. (2005). *Mecanismos para la protección de la salud de la trabajadora gestante*. Lima-Perú: Comunidad Andina, Instituto Laboral Anino.
- Instituto materno perinatal. (2000). *Embarazo de alto riesgo: Atención integral y especializada*. Lima: Ministerio de Salud- Instituto Materno Perinatal.
- LEVAGGI, V. (09 de agosto de 2004). *WWW.OIT.ORG*. Obtenido de https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_653_SP/lang-es/index.htm
- Ministerio de Sanidad de España. (17 de marzo de 2020). *Ministerio de Sanidad*. Obtenido de https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/20200317_ITCoronavirus.pdf
- MINSA, M. d. (s.f.). *Ministerio de Salud del Perú*. Obtenido de https://www.minsa.gob.pe/portalweb/06prevencion/prevencion_77.asp
- OEA, O. d. (30 de noviembre de 2017). *WWW.OAS.ORG*. Obtenido de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/NNA-GarantiaDerechos.pdf>
- OIT, O. I. (s.f.). <https://www.ilo.org>. Obtenido de Organización Internacional del Trabajo: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C183
- OIT, O. I. (s.f.). *International Labour Organization -ILO*. Obtenido de <https://www.ilo.org>: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R191

- OMS, O. M. (19 de setiembre de 2019). *Mortalidad Materna*. Obtenido de <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/maternal-mortality>
- OMS, O. M. (2020). <https://www.who.int>. Obtenido de https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses?gclid=Cj0KCQjw3ZX4BRDmARIsAFYh7ZJ2OhFNMzfmvWvWoMhLAAak0-oHUSrxIpQAytApXPvqsZHCT7hjsJIaArTXEALw_wcB
- OMS, O. M. (18 de marzo de 2020). <https://www.who.int>. Obtenido de <https://www.who.int/es/news-room/q-a-detail/q-a-on-covid-19-pregnancy-and-childbirth>
- OMS, O. M. (2020). *Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (COVID 19)*. Obtenido de <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>
- OMS, O. M. (2020). *Salud Materna*. Obtenido de https://www.who.int/topics/maternal_health/es/
- OMS, O. M. (s.f.). <https://www.who.int>. Obtenido de https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses?gclid=Cj0KCQjw3ZX4BRDmARIsAFYh7ZJ2OhFNMzfmvWvWoMhLAAak0-oHUSrxIpQAytApXPvqsZHCT7hjsJIaArTXEALw_wcB
- OPS, O. P. (21 de agosto de 2020). *www.paho.org*. Obtenido de OPS pide a los países que garanticen controles prenatales para embarazadas porque pueden tener mayor riesgo de COVID 19 grave.: <https://www.paho.org/es/noticias/21-8-2020-ops-pide-paises-que-garanticen-controles-prenatales-para-embarazadas-porque>
- OPS, Organización Panamericana de la Salud; OMS, Organización Mundial de la Salud. (13 de agosto de 2020). Obtenido de <file:///C:/Users/ERIKA/Downloads/2020-ago-13-phe-alerta-epi-COVID-19-durante-embarazo.pdf>
- Salud, O. M. (s.f.). <https://www.who.int>. Obtenido de <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q->

a-coronaviruses?gclid=Cj0KCQjw3ZX4BRDmARIsAFYh7ZJ2Oh
FNMzfmvWvWoMhLAAak0-oHUSrxIpQAytApXPvqsZHCT7hj-
sJIaArTXEALw_wcB

UNICEF, F. d. (2014). *www.unicef.org*. Obtenido de <https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechos-DelNino-WEB.pdf>