

La igualdad de oportunidades y el derecho al trabajo de la mujer: un esfuerzo internacional de protección social*

*Women's equal opportunities and their
right to work: an international effort
for social protection*

Luz Pacheco Zerga**

RESUMEN

La autora analiza los cambios sustanciales que han logrado los convenios internacionales en las legislaciones nacionales y en la interpretación constitucional de los derechos laborales. Para ello, profundiza en los conceptos de familia, trabajo y no discriminación desde su fundamentación antropológica y filosófica, a fin de no desvirtuar sino, más bien, consolidar, estas instituciones y favorecer la paz y el desarrollo social.

PALABRAS CLAVE: Trabajo, mujer, madre trabajadora, no discriminación, familia, derechos humanos, *o.t.*

ABSTRACT

The author analyzes the substantial changes international conventions have achieved in national legislation and in the constitutional interpretation of employment rights. In this respect, she delves into the concepts of family, work and non-discrimination from the anthropological and philosophical foundation, not to undermine but rather consolidate these institutions and promote peace and social development.

KEY WORDS: Work, woman, working mother, non-discrimination, family, human rights, *IL.O.*

* Recibido: 3 de febrero de 2012. Aceptado: 27 de febrero de 2012.

** Profesora ordinaria principal de Derecho del trabajo en la Universidad de Piura, Perú (luz.pacheco@udep.pe).

Sumario

1. Introducción
2. Mujer y trabajo
3. Trabajo y familia
4. La protección jurídica a la mujer trabajadora en relación con el empleo: la ruta hacia la igualdad de oportunidades en los convenios internacionales
 - A) La igualdad de derechos de hombres y mujeres en el derecho internacional de los derechos humanos
 - B) La igualdad y obligación de no discriminación
 - c) La protección internacional de la mujer y sus derechos humanos
 - d) La discriminación y la igualdad en materia laboral
 - e) La discriminación por razón de sexo: el embarazo
5. Conclusiones

1. Introducción

La protección de la mujer trabajadora en el derecho laboral ha sufrido una transformación vertiginosa en el último siglo, como consecuencia de la mejor comprensión del valor del trabajo en sí mismo, así como de la identidad femenina y del reparto de las responsabilidades en la vida familiar.

El carácter tuitivo del derecho del trabajo, que desde su origen estuvo marcado por la impronta social de custodiar la dignidad de la persona que trabaja para otra en forma dependiente, viene experimentando una continua revisión de sus fundamentos e instituciones. Hoy en día se habla de la “deconstrucción” del derecho del trabajo frente a las críticas que pretenden su total desaparición ante la presión de la ideología neoliberal.¹ Sin embargo, en la relectura de esta disciplina, se aprecia más bien la metamorfosis de algunas de sus instituciones centrales, a fin de mantener el empleo en una sociedad globalizada y competitiva. En relación con la protección de la mujer que trabaja, se aprecia una evolución directamente relacionada con la mejor comprensión de su igual dignidad y de los defectos de una regulación que convirtió en excesivamente onerosa la contratación de la obra de mano femenina para el empleador.

La protección social otorgada por el derecho laboral en la primera mitad del siglo pasado tuvo matices especiales para la mujer y los jóvenes (adolescentes y niños), a quienes se les consideraba especialmente débiles para negociar, y eran prácticamente forzados a realizar una actividad necesaria pero no deseable —la

¹ Véanse, en este sentido, las reflexiones de OJEDA AVILÉS, ANTONIO. *La deconstrucción del derecho del trabajo*, La Ley, Madrid, 2010.

del trabajo— que, por tanto, debía prohibirse o limitarse en beneficio de esos trabajadores y de la sociedad en su conjunto. Por eso, la tendencia a nivel mundial —hasta fines del siglo pasado— fue la de prohibir el trabajo femenino en determinadas circunstancias, no sólo relacionadas con la maternidad o con la menor fuerza física de la mujer,² sino también otros considerados patrimonio exclusivo del varón, por considerar a la mujer menos dotada para los trabajos extra domésticos. A la vez, la conciencia social de la importancia de la maternidad y cuidado del recién nacido llevó a la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en 1919, a iniciar sus actividades, adoptando seis convenios, dos de los cuales se orientan a evitar que la mujer trabaje en labores que se consideraban perjudiciales para su salud o para su condición femenina. Uno de esos convenios prohibió el trabajo de la mujer durante las seis semanas posteriores al parto,³ y el otro⁴ impedía que realizara trabajos en horario nocturno. Posteriormente se prohibió también el trabajo de la mujer en los subterráneos de las minas.⁵

En cambio, los siglos xx y xxi presentan un panorama diferente: tanto la OIT como la legislación de los países europeos y latinoamericanos, como es el caso del Perú, han optado por una política positiva en lugar de prohibitiva. De este modo se ha trazado una ruta para lograr la igualdad de oportunidades en el trabajo para hombres y mujeres, a fin de que puedan acceder a un empleo en las condiciones de libertad, igualdad y seguridad exigidas por la dignidad humana. Uno de los pilares para que esta ruta no sea una mera declaración de buenas intenciones es blindar la protección a la madre trabajadora y extender al varón la titularidad de aquellos derechos-deberes que competen a ambos padres y no en exclusiva a la mujer.

La necesidad de realizar acciones positivas para desterrar la discriminación en perjuicio de la mujer en la vida laboral es innegable. A la vez, ni la legislación ni la tutela jurisdiccional pueden convertirse en una sobreprotección que vulnera los derechos del empleador, que, por un principio elemental de seguridad jurídica, tiene que normar su conducta y sus planes empresariales de acuerdo al ordenamiento vigente. La igualdad de oportunidades exige que no se deje indefensa ni a la mujer embarazada —incluyendo a su hijo por nacer— ni al empresario que, de buena fe, ofrece trabajo y contribuye al desarrollo social con

² No sin un asomo de ironía, el maestro ALONSO OLEA destacó que esa falta de "robustez" no es incompatible con que sea más fuerte que el hombre, como lo demuestra "su superior longevidad doquiera". ALONSO OLEA, MANUEL. "El trabajo de la mujer en el derecho español", en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, No. 72, 1995.

³ Convenio 3.

⁴ El artículo 3 establece que: "las mujeres, sin distinción de edad, no podrán ser empleadas durante la noche en ninguna empresa industrial pública o privada, ni en ninguna dependencia de estas empresas, con excepción de aquellas en que estén empleados únicamente los miembros de una misma familia", con algunas excepciones, taxativamente previstas.

⁵ Convenio 45.

sujeción a la normativa laboral vigente. Y, también, que la legislación reconozca los deberes que corresponden al padre de la criatura en su atención y custodia. De este modo, el Estado y los particulares cumplirán con el deber de protección a la familia, a fin de que los ciudadanos del futuro cuenten con un medio adecuado para el desarrollo armónico de su personalidad.

Con el presente trabajo deseamos contribuir a una mejor comprensión de la protección jurídico-laboral de la mujer trabajadora, a la luz de los derechos fundamentales de la persona y del deber de respeto a la igual dignidad. En esta tarea no debemos perder de vista que “la igualdad formal jurídica entre hombres y mujeres parte de la realidad de las diferencias sustanciales entre ellos por razón del sexo. Se trata de eliminar las diferencias o los roles asignados por una tradición discriminatoria, pero no de convertir una sociedad sexuada en asexuada”.⁶ De allí que sea necesario una ponderación equilibrada para poder trazar una ruta equitativa en este campo.

El Estado debe velar por la protección jurídica del derecho a ausentarse del trabajo, sin pérdida de la remuneración, no sólo con motivo del parto o la lactancia sino también para atender deberes familiares prioritarios, lo cual exige que la normativa se adecúe a los deberes de justicia y solidaridad propios del vínculo familiar y a la realidad socioeconómica de las empresas. En estas cuestiones lo que interesa identificar es la esencia de las instituciones y las razones que justifican su regulación, por tanto, no es suficiente limitarse “al estudio de lo ya positivado como punto de partida, sino a las razones teleológicas que persigue la figura en sí misma, con independencia del caso concreto”.⁷ Con este fin dividiremos el presente estudio en tres apartados: en el primero analizaremos la relación entre la mujer y el trabajo; en el segundo, la que existe entre la familia y el trabajo, y en el tercero desarrollaremos la ruta seguida por el derecho internacional del trabajo para lograr la igualdad de oportunidades de la mujer y del varón en el mundo laboral, en particular en el supuesto de despido de la mujer embarazada, para arribar, finalmente, a algunas conclusiones.

Una vez más el derecho del trabajo, al analizar estas cuestiones que son clave para el desarrollo humano, se convierte en esa atalaya de la que hablaba el maestro ALONSO OLEA, que permite dirigir la vista “a todo el ordenamiento o a zonas amplísimas del mismo, de forma que el ordenamiento se reinterpreta desde la disciplina particular”.⁸

⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO, MIGUEL. “La nueva dimensión de la igualdad y la transversalidad de las políticas de género”, *Relaciones laborales*, 2001, pp. 67-77.

⁷ RIVAS VALLEJO, MARÍA DEL PILAR. *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 39.

⁸ ALONSO OLEA, MANUEL. *Introducción al derecho del trabajo*, 6a. ed., Civitas, Madrid, 2002, p. 26.

2. Mujer y trabajo

La tradición judeo-cristiana, que caracteriza a los ordenamientos occidentales, ha considerado desde antaño la mujer como pieza fundamental, insustituible para la vida familiar, con un papel protagónico en la educación de los hijos y en la atención del hogar. Sin embargo, es también innegable que el relato de la creación del hombre y de la mujer, basado en el simbolismo de la costilla de Adán, fue interpretado por muchos como si la mujer fuera inferior o sierva del hombre,⁹ lo cual degeneró en una actitud machista,¹⁰ que relegó a las mujeres las tareas más duras del hogar, dejándole la responsabilidad de la educación y atención de los hijos, casi en exclusiva, no considerándola apta para intervenir activamente en la vida pública de la sociedad.

Al varón, por el contrario, se le asignó la responsabilidad de la marcha económica del hogar y, consecuentemente, el trabajar en actividades extra domésticas que fueran, además, lucrativas, a fin de sostener a la familia.¹¹ Esta disparidad cristalizó, en algunos ordenamientos, el exigir a la mujer contar con el consentimiento expreso del marido para trabajar fuera del hogar o con autorización judicial en caso que aquél se negara injustificadamente.¹² Al marido le correspondía, en cambio, la representación del hogar y la administración del patrimonio familiar por considerársele el representante del hogar conyugal.¹³

La diferencia varón-mujer no es una mera diferenciación de funciones sociales, sino más bien ontológica: sexuadas son las células, los sentimientos y los pensamientos. No se trata de una orientación personal de tipo social sino de una determinación psicofísica que deviene de la estructura genética de la persona. El varón y la mujer están hechos naturalmente el uno para el otro, lo cual se manifiesta en la mutua atracción entre los sexos que experimentan las personas normalmente constituidas: esta tendencia comporta una forma específica de unión, que a su vez se ordena también naturalmente a la función reproductora.¹⁴ En consonancia, también son diversas las funciones relativas a la procreación y

⁹ Cfr. JUAN PABLO II. "Compromiso por la promoción de la mujer", *Audiencia general*, 24 de noviembre de 1999 (publicada en: *vatican.va*, 1999).

¹⁰ El *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia define al machista como al partidario del machismo, que a su vez se tipifica como una "actitud de prepotencia de los varones respecto a las mujeres".

¹¹ Esta mentalidad quedó plasmada en el caso del Perú, en el artículo 161 del Código Civil de 1936, donde se establece que "la mujer debe al marido ayuda y consejo para la prosperidad común y tiene el derecho y el deber de atender personalmente el hogar".

¹² Cfr., por todos, Código Civil del Perú de 1936, artículo 173.

¹³ *Ibidem*, artículos 161 y ss.

¹⁴ Resultan muy ilustrativas a este respecto las consideraciones de CASTILLA Y CORTÁZAR, BLANCA. *Persona y género. Ser varón y ser mujer*, Ediciones Internacionales Universitarias, Barcelona, 1997.

al cuidado de los hijos.¹⁵ Esta diferenciación se ordena a la complementariedad, por tanto, la igualdad de oportunidades debe tender a equilibrar las responsabilidades que se siguen al cumplimiento de los deberes familiares, según las competencias de cada sexo, a fin de que la contratación femenina no sea considerada, por el empleador, excesivamente onerosa para el cumplimiento de los fines organizacionales.

Otro factor fundamental que explica el acceso de la mujer al trabajo extra doméstico es el reconocimiento del valor de esta actividad específicamente humana, que ha sido objeto de estudio no sólo por los economistas y laboristas sino también por los teólogos.¹⁶ Existe una conciencia social, cada vez más diáfana, de que la persona al trabajar pone en juego sus capacidades físicas, intelectuales, volitivas y afectivas, porque el trabajo no sólo no es una mercancía,¹⁷ sino que es el medio natural de realización de la persona. Si bien es cierto que uno de los elementos que tipifican la relación laboral es la existencia de un salario o remuneración,¹⁸ la persona no trabaja sólo por dinero y, más aún, es capaz de prescindir de un trabajo bien remunerado si no satisface otras aspiraciones humanas básicas.

Además, el trabajo contribuye al desarrollo de las ciencias y de la técnica, es decir, a la elevación cultural, científica y moral de la sociedad, lo que es más importante, *por el trabajo, la persona se construye a sí misma*. El ser humano cuando trabaja no sólo transforma la naturaleza sino que le da un sentido y utilidad nuevos.¹⁹ El trabajo permite adaptar la materia del mundo a las propias necesidades, pero no constituye el sentido del mundo, del mismo modo que no lo constituye en el ser. En cambio, esa actividad permite desvelar y reconocer la

¹⁵ Paternidad y maternidad potenciales son dimensiones naturales de la virilidad y de la femineidad. Varón dice relación a ser padre y mujer dice relación a ser madre. El acto conyugal es el acto natural de fecundación. El matrimonio está naturalmente ordenado a la reproducción pero no se agota en éste pues se trata de personas: además los padres deben recibir a esos hijos en el seno de la comunidad conyugal y cuidarlos y educarlos para actuar conforme lo exige la dignidad humana. *Cfr.*, por todos, HERVADA, JAMIER. *Cuatro lecciones de derecho natural. Parte especial*, 4a. ed., Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1998.

¹⁶ El valor sobrenatural del trabajo tiene relación directa con la encarnación del hijo de Dios, pero recién ha sido puesto de manifiesto, en toda su riqueza, en el siglo xx. Tanto la teología como la ascética del trabajo se desarrollan en los últimos decenios. *Cfr.*, por todos, JUAN PABLO II. *Laborem exercens* (Castelgandolfo: vatican.va, 1981). ESCRIVÁ DE BALAGUER, JOSEMARÍA. *Camino*, Rialp, Madrid, 2011 (1a. ed., 1939), en http://www.escrivaobras.org/book/camino-indice_materias-225.htm, y DONATI, PIERPAOLO. "El significado del trabajo en la investigación sociológica actual y el espíritu del Opus Dei", *Romana. Estudios 1985-1996*.

¹⁷ *Cfr.* Constitución OIT, 1919, artículo I.

¹⁸ *Cfr.*, por todos, ALONSO OLEA, MANUEL. "Derecho del honor y despido", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, 2001, p. 41.

¹⁹ El simple hecho de entregar una rosa a otra persona en señal de afecto o admiración, ha modificado la función natural de esa flor, enriqueciendo así al mundo y a las personas y dando origen a la cultura. *Cfr.* RODRÍGUEZ, PEDRO. "La responsabilidad de los cristianos en la vida universitaria. Consideraciones acerca de la relación entre naturaleza y cultura", en *Scripta Theologica* xxxiii, No. 1, 2001, pp. 161-182.

finalidad de las realidades naturales, que es la prevista por quien las constituyó en el ser. El análisis científico riguroso lleva a reconocer el carácter teleológico de la naturaleza y, consecuentemente, su carácter normativo para el ser y el obrar humano.²⁰ Ésta es una de las funciones más nobles del trabajo: permite comprender el sentido del mundo y, con él, la razón de ser de la propia existencia. Si bien es cierto que la persona transforma el mundo, impulsada por su instinto de conservación, a la vez, lo trasciende, al experimentar —en el desarrollo de esa actividad— su propia dignidad.²¹ De ahí la importancia de la adecuada regulación jurídica no sólo del derecho al trabajo en sí mismo, sino de los tiempos de labor y descanso.

Por lo demás, todo trabajo lleva implícito un proyecto personal que, si la persona ha logrado una personalidad madura, no implica el logro de metas individuales al margen de la sociedad, porque esto es más bien característico de la actividad animal. Como bien se ha resaltado,

[...] ninguna abeja trabaja formalmente para los demás, sino que va a lo suyo; ahí está el ardid de la naturaleza, en que, trabajando cada uno para lo suyo, resulta que trabaja para los demás. Cosa que no acontece, o por lo menos uno aspira que no acontezca en toda forma de colaboración humana, en que uno no trabaja sólo por lo que le sale de dentro, sino que trabaja precisamente para los demás, proponiéndose a los demás en tanto que otros.²²

Más aún, el desarrollo auténtico de la personalidad se fragua en el servicio real a las personas individuales, sólo así se consigue un desarrollo social sostenible a largo plazo. El deber de servicio también incumbe a las personas minusválidas, aunque evidentemente para ellas sea diferente el modo de cumplir con esta obligación, que no corresponde explicar en esta investigación. En todo caso, el deber de servir es un deber moral, que sólo es exigible jurídicamente en determinados casos, aunque a la vez negarse a servir para nada y a nadie es contrario a la dignidad humana. Por eso puede decirse que “[e]l hombre es libre, pero es servidor de los demás”.²³

²⁰ Respecto a esta rica y amplia cuestión remito a las reflexiones de GONZÁLEZ, ANA MARTA. *Naturaleza y dignidad*, EUNSA, Pamplona, 1996.

²¹ Cfr. BUTTIGLIONE, ROCCO. *La persona y la familia*, trad. Antonio Esquivias, Palabra, Madrid, 1999, pp. 168 y ss. Esa dignidad es precisamente la capacidad de trascender lo individual y contingente y alcanzar por la vía del conocimiento y del amor, lo universal y necesario. En definitiva, remontarse por encima del utilitarismo individualista y egocéntrico, a la amistad y a la solidaridad social.

²² ZUBIRI, XAVIER. *Sobre el hombre*, Alianza Editorial, Madrid, 1986, pp. 251 y 252.

²³ Cfr. D'ORS, ÁLVARO. *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1995, p. 158.

La conciencia de la necesidad del trabajo para la vida personal y social ha llevado a que se reconozca como un derecho fundamental en diversas Constituciones occidentales.²⁴ Y es también en el siglo pasado, como ya hemos adelantado, que se ha profundizado en las consecuencias que se siguen a la igualdad fundamental del varón y la mujer en relación con la vida pública. Además, al ser evidente que la mujer tiene, de manera particular, el don de la vida y su guarda, los ordenamientos jurídicos han optado por preservar la salud física y mental de la mujer embarazada, facilitándole el necesario descanso pre y posnatal, así como por otros institutos como la excedencia o el derecho de gozar de las vacaciones inmediatamente después del descanso posnatal. Esta protección se extiende en todas las naciones europeas, y en algunas americanas, a solicitar el cambio de ocupación si las labores que tiene asignadas una mujer embarazada ponen en peligro su vida o la salud del hijo por nacer.²⁵ Se debe destacar también que las legislaciones laborales tienden a homologar, sin violentar las exigencias naturales del embarazo, parto y lactancia, los derechos de ambos padres en el cuidado del hijo recién nacido, para lograr la corresponsabilidad en los deberes familiares. Y, por último, el derecho laboral se ordena a proteger el derecho de la madre trabajadora a conservar el empleo con independencia de su estado de gravidez, al punto de establecer el denominado “fuero maternal” en países como Chile, Panamá y Venezuela²⁶ para prevenir la discriminación por razón de sexo o el acoso moral.

El acceso de la mujer a los estudios superiores y al trabajo fuera del hogar es, en palabras de ALONSO OLEA, “el fenómeno social más significativo del mundo del trabajo actual”,²⁷ que ha transformado las estructuras sociales, de trabajo y jurídicas a nivel mundial.²⁸ Esta mayor participación de la mujer ha evoluciona-

²⁴ Cfr. Constitución del Perú (CP), artículo 22: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”; Constitución española, artículo 35.1 “1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”.

²⁵ En Europa, la Directiva 92/85/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia ha logrado una amplia protección en los países de la Unión. En el Perú, la Ley 28048 y su Reglamento, el DS009-2004-TR, establecen prescripciones para preservar la salud de la trabajadora, que sea madre gestante, y el desarrollo normal del embrión y el feto.

²⁶ El Código de Trabajo de Chile establece, en su artículo 194, lo siguiente: “ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez”.

²⁷ ALONSO OLEA, MANUEL. “El trabajo de la mujer en el derecho español”, *op. cit.*

²⁸ Otro fenómeno emparentado con éste es la profunda modificación del sistema de servicio doméstico, que puso de manifiesto uno de los más distinguidos filósofos del siglo pasado: “es evidente que la estructura de la familia, su tamaño, los aspectos profesionales, las relaciones de los padres con los hijos y del matrimonio entre sí, el número de

do de la tolerancia a la promoción por parte de los Estados, que mediante los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (oit), Directivas Comunitarias, en el caso de la Unión Europea, y disposiciones de derecho nacional, que buscan resolver la injusticia de sistemas de trabajo que niegan la igualdad de oportunidades a la mujer. Los Estados han impulsado políticas de promoción del empleo femenino, otorgándoles incluso preferencia en la contratación frente al varón, pero queda aún mucho por hacer, como explicaremos más adelante.²⁹

3. Trabajo y familia

El derecho a formar una familia es fundamental en las Constituciones occidentales, pero el deber de los Estados de proteger a la familia deviene de la función social que ésta tiene en la formación de los individuos, ya que es en ella donde éstos se *humanizan*. Una somera revisión de las Constituciones más próximas a nuestra tradición jurídica evidencia la profunda convicción de esta verdad. Las ciencias sociales enseñan que la familia que surge de la vida conyugal estable de un varón y una mujer es una institución originaria, peculiar y primordial, porque:

[...] existe desde el inicio, tanto en sentido filogenético (en cuanto está en el origen de la especie humana), como en sentido ontogenético (en cuanto que, en cualquier tiempo y lugar, el individuo se introduce en la sociedad y madura su participación, de forma más humana cuanto mejor está apoyado por la mediación de una familia).³⁰

El hecho de que en la familia, el ser humano sea aceptado y amado incondicionalmente, es decir, no por sus cualidades, sino simplemente por el hecho de ser miembro de esa comunidad humana es la clave de la maduración interior de la persona y de su proceso de *humanización*. La razón estriba en que en la familia se enlazan de “manera relevante el sentido del sexo y la procreación, del amor entre personas, de la propiedad legítima, de la educación” y, además, “se

los hijos, la permanencia en la casa de los abuelos, el empleo del tiempo, la administración del ocio, todo esto está condicionado en inmensa proporción por la desaparición del servicio doméstico. Y entiendo por servicio doméstico, el tradicional, con la criada interna, que vivía en casa, que amanecía y anochece en casa; que tenía una jornada ilimitada aunque no fuese demasiado larga, aunque tuviese largos periodos de descanso; que tenía otra de adopción familiar, de participación en la vida de la familia, de ascenso social, de educación: una larga serie de cosas buenas y malas. [...] Y la crisis del servicio doméstico —no lo olvidemos— ha destruido formas y posibilidades de compañía, ha introducido en las sociedades actuales uno de sus factores más graves y de más hondas consecuencias: la soledad”. MARIAS, JULIÁN. “La mujer en el siglo xx”, *Humanidades*, 4a. ed., Alianza Editorial, Madrid, 1980, pp. 43 y 44.

²⁹ Cfr. Apartado 3.c.

³⁰ DONATI, PIERPAOLO. *Manual de sociología de la familia*, trad. Manuel Herrera Gómez y Sonia Pagés Luis, Instituto de Ciencias para la Familia-EUNSA, Pamplona, 2003, p. 13.

responsabiliza de la humanidad y de la tierra que ocupamos”.³¹ Los problemas de la ecología y, en último término, de la solidaridad entre los miembros de una sociedad y de los pueblos en general son cuestiones éticas en las que inciden decisivamente los valores inculcados en el entorno familiar. Interesa que los ciudadanos actúen como *habitantes* y no sólo como *gente*, es decir, como seres pertenecientes a una familia común y no como grupo anónimo desconectado entre sí.³² Las tres funciones básicas que cumple la familia se corresponden con sus elementos constitutivos —economía, educación e intimidad—, que se ordenan para lograr la igualdad —o mejor aún la equidad— en el ámbito de la economía; la libertad en la educación y la fraternidad en la intimidad.³³

El término familia ha devenido en algunas culturas en equívoco, pero en la mayoría de los países, entre ellos se encuentra el Perú, existe una relación directa entre matrimonio y familia, tanto en el texto constitucional³⁴ como en el Código Civil.³⁵ El matrimonio es regulado como el núcleo del cual surge la familia con los consiguientes lazos de parentesco, reconociéndoles a ambos el carácter de instituciones de derecho natural.³⁶ A diferencia de otros códigos,³⁷ el peruano ha definido el matrimonio,³⁸ pero no a la familia ni al parentesco. Determinar la esencia y fines del matrimonio exige acudir a otras ciencias, pues el dato de la ley positiva no es suficiente.³⁹ De este análisis, que no es posible detallar en este trabajo porque excede sus fines, se puede concluir que la familia se fundamenta en el matrimonio, que es la unión jurídica, plena y total, de un varón y de una mujer en su virilidad y femineidad, que trae consigo una comunidad indivisible

³¹ ALVIRA DOMÍNGUEZ, RAFAEL. *El lugar al que se vuelve. Reflexiones sobre la familia*, EUNSA, Pamplona, 1998, pp. 26 y 27. Ahondando en esta definición, el autor señala: “familia, sexo y matrimonio son realidades distintas, aunque puedan relacionarse, y su combinación es particularmente relevante para la vida humana. Es obvio que las tres citadas realidades existen por separado. Se dan relaciones sexuales sin familia ni matrimonio, se dan matrimonios que no desarrollan una vida familiar, y a veces tampoco sexual, y hay verdaderas familias sin matrimonio ni relaciones sexuales —como cuando una persona se hace cargo de unos niños que no son suyos, pero a los que da un hogar, o cuando se forma un hogar con otras personas a partir de motivos religiosos, etcétera—”.

³² *Ibidem*, p. 27.

³³ *Ibidem*, pp. 27 y 28.

³⁴ “La comunidad y el Estado [...] también protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad” (artículo 4).

³⁵ “La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú” (artículo 233).

³⁶ *Cfr.* CP, artículo 4.

³⁷ *Cfr.* ENNECCERUS, LUDWIG, KIPP, THEODOR y WOLFF, MARTIN. *Tratado de derecho civil*, trad. Blas Pérez González y José Alguer, 2a. ed. castellana y 20a. ed. alemana, v vols., vol. IV: *Derecho de familia* (vol. I), Bosch, Barcelona, 1979, p. 12.

³⁸ “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común” (artículo 234).

³⁹ Ésta es la tarea propia del profesor universitario que no puede empequeñecer su horizonte cultural con una especialización desconectada de las cuestiones esenciales para la vida humana, con son las de identificar los bienes humanos básicos, entre los que se encuentra la familia.

de vida, fundada en el amor y ordenada a la generación y educación integral de los hijos, así como a la mutua ayuda.⁴⁰ Esta precisión es importante para el derecho del trabajo porque la conciliación de la vida familiar con la laboral no tiene por resultado únicamente una mejor calidad de vida para los trabajadores, sino también para sus familias porque la presencia de los padres y el diálogo que se entabla con los hijos fortalecen la capacidad ética de las futuras generaciones. Asimismo, las legislaciones laborales nacionales y los convenios colectivos fijan los derechos relativos al nacimiento del hijo, cuidado, permisos por razones familiares, etcétera, de acuerdo al concepto jurídico de familia del país.

Afirmar que el matrimonio es una institución natural equivale a decir que su esencia —el vínculo— sus propiedades y sus fines, así como el conjunto de derechos y deberes que comporta se encuentran determinados por la naturaleza humana. Es decir, responde a la estructura ontológica de la persona y no a las disposiciones de la ley positiva.⁴¹ Por esta misma razón, el derecho a contraer matrimonio no es una *concesión del legislador* a los particulares, sino una exigencia de justicia fundamentada en la misma naturaleza humana, anterior al Estado, que ningún poder puede ignorar, restringir o desprestigiar arbitrariamente.⁴²

La revisión del concepto de familia, especialmente en los países de mayor desarrollo industrial, ha modificado la extensión de los derechos laborales relacionados con ella⁴³ y desdibuja sus contornos. Paradójicamente, la sociedad actual considera a la familia un bien en alza, pero el divorcio, las uniones de hecho, las relaciones prematrimoniales y los nacimientos fuera del matrimonio van teniendo cada vez mayor aceptación. La búsqueda de una equiparación jurídica entre el matrimonio y las uniones de hecho tanto heterosexuales como

⁴⁰ Remito a algunas de las fuentes consultadas: BUTTIGLIONE. *La persona y la familia*; VILADRICH, PEDRO-JUAN. *Agonía del matrimonio legal. Una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio, División interdisciplinaria para la Familia (DIF)*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1984; JUAN PABLO II. *Laborem exercens*; HERVADA. *Cuatro lecciones de derecho natural. Parte especial*; ALVIRA DOMÍNGUEZ, RAFAEL. *El lugar al que se vuelve. Reflexiones sobre la familia*, cit.; CORNEJO CHÁVEZ, HÉCTOR. *Derecho familiar peruano*, 9a. ed., Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1998, vol. II; DONATI, PIERPAOLO. *Manual de sociología de la familia*, cit.; ENNECERUS ET AL. *Tratado de derecho civil*, cit.

⁴¹ La unión del varón y de la mujer que contraen matrimonio se denomina también *conyugal*. Este calificativo resalta la unidad esponsal —no fusión— de los esposos, que es también unidad social y de justicia, que establece un vínculo jurídico entre ambos, fundamentada en "la profundísima unidad que, por la misma naturaleza, está dispuesta entre lo femenino y lo masculino. Y, en este sentido, no existe en la naturaleza una unidad tan básica, elemental y natural como aquella que se produce entre los esposos, entre la virilidad y la femineidad entregadas en su totalidad a título de deuda en la alianza [matrimonial]". VILADRICH, PEDRO-JUAN. *Agonía del matrimonio legal. Una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio*, cit., p. 157.

⁴² "Así quedan fuera de la competencia del legislador la constitución de la esencia de la unión conyugal, las propiedades esenciales de esta unión, el contenido nuclear de lo conyugal, las líneas básicas del desarrollo de la vida matrimonial y familiar y la esencia del pacto matrimonial". *Ibidem*, p. 179.

⁴³ Cfr. MARIN ALONSO, INMACULADA y GORELLI HERNÁNDEZ, JUAN. *Familia y trabajo: el régimen jurídico de su armonización*, Laborum, Murcia, 2001.

homosexuales ha sido aceptada en algunas legislaciones, así como en parte de la doctrina científica y de la jurisprudencia.⁴⁴ Algunos pocos países han legalizado el “matrimonio” de personas del mismo sexo, a pesar que entraña una contradicción en sus términos, similar a la que existe en la “compraventa gratuita”. Esta realidad exige ahondar en los presupuestos antropológicos y filosóficos que originan este instituto jurídico, ya que un presupuesto esencial para el discurso lógico y el progreso de la ciencia es que los términos lingüísticos y jurídicos se empleen en un sentido unívoco.⁴⁵

El origen de esta dualidad ética contrastante proviene, en parte, de considerar que la familia es una institución de origen meramente social, y no una institución natural. De este modo, se reducen las relaciones intrafamiliares a una dimensión estructural, prescindiendo de la existencial. El resultado es reducir la comunidad familiar a una especie de “mecano”, en el que se oculta el amor, verdadero principio existencial y dinámico de la familia.⁴⁶ Consecuentemente, se reduce a la familia a una estructura compuesta por relaciones denominadas paternidad, filiación, fraternidad y conyugalidad, que se identifican con el desempeño de una función, con independencia del sexo de las personas. Y, al no reconocer una dinámica intrínseca –natural– sino sólo un valor funcional o instrumental, los fines son introducidos por el individuo, según los intereses de su subjetividad. La ética concomitante a este planteamiento es que se podrá hacer todo aquello permitido por las limitaciones físicas y la armonización de las

⁴⁴ Entre estas legislaciones se cuenta la del Distrito Federal de México, porque el 21 de diciembre de 2009 su Asamblea Legislativa aprobó una enmienda al Código Civil para el Distrito Federal, por la que se permitió contraer matrimonio a personas del mismo sexo. La ley entró en vigor en marzo de 2010. Conviene advertir que, al igual que en otros países, había precedido una legislación que reconocía las uniones de hecho: desde el 2006 existía una Ley de Sociedades de Convivencia, equiparable al matrimonio, pero no con todos los derechos del mismo. Por otro lado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación confirmó la validez de la ley el 5 de agosto de 2010 y, el 16 de agosto de ese mismo año, declaró la constitucionalidad de la ley que permite adoptar niños a parejas homosexuales en la Ciudad de México. Entre la múltiple bibliografía respecto al tema, cito sólo a FERNÁNDEZ, JUAN. “Matrimonio y uniones de hecho”, en *Ius Canonicum* XL, No. 80, 2001, pp. 395-411. MARTÍNEZ LÓPEZ MÚNIZ, JOSÉ LUIS. “La familia en la Constitución española”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo* 58, 2000, pp. 11-43. SANCINIENA, CAMINO. “La ficticia igualdad del matrimonio y las uniones de homosexuales”, en *Jus Doctrina Et Práctica*, No. 4, 2008.

⁴⁵ El matrimonio es una institución multisecular, común a todas las culturas, que consiste en la unión de hombre y mujer, concertada mediante determinados ritos o formalidades legales (cfr. *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española), ordenada a la mutua complementariedad y a la conservación de la especie humana. En la historia de las civilizaciones no existe la figura del “matrimonio” entre personas del mismo sexo, porque esta unión no puede equipararse a la heterosexual: ni por el modo ni por las consecuencias al no existir la complementariedad física, psíquica y afectiva que hay entre varón y mujer.

⁴⁶ Con autorizada experiencia se ha escrito: “Así como sin amor la familia no es una comunidad de personas, así también sin el amor la familia no puede vivir, crecer y perfeccionarse como comunidad de personas”, JUAN PABLO II. *Familiaris consortio* (Ciudad del Vaticano, 1982), pp. 17-21. Entendemos por amor una voluntad que supera la mera atracción física o el deseo psicológico: “es la tendencia racional que busca un verdadero bien, un bien que responda a la naturaleza profunda del que actúa y, en definitiva, al ser de las cosas”. LLANO CIFUENTES, ALEJANDRO. “Universidad, verdad y libertad”, en *Forum UNIV* 2004, ed. Istituto per la Cooperazione Universitaria (publicada en: forumuniv.org, 2004).

mutuas esferas de libertad.⁴⁷ De este modo, el derecho deja de convertirse en un sistema de paz para limitarse a yuxtaponer lo que acertadamente se ha calificado como “cuotas de arbitrariedad toleradas”.⁴⁸

En este tipo de relaciones se sustituye a la ética por las leyes en ámbitos que estaban reservados para la intimidad del amor familiar. Esto es más patente en las relaciones de paternidad y filiación. Por lo que se refiere a las primeras, las posibilidades de construcción y la hegemonía del derecho se incrementan todavía más y se potencian mutuamente: el hijo se considera parte de la calidad de vida. Los padres eligen cuándo y cómo tener al hijo, inclusive sus características genéticas: los abortos con fines eugenésicos son cada vez más frecuentes.⁴⁹ El hijo se convierte en un bien útil, asemejándolo a las cosas. De este modo, la distinción más radical que conoce el derecho, aquella que separa las personas de las cosas, se atenúa fuertemente. Hasta el siglo pasado, las personas podían tener propiedades, pero no ser propiedad. Ahora pueden ser “derecho de otro” por las técnicas de fecundación artificial: el hombre se convierte en un “producto” sometido a las reglas del más fuerte. De este modo se modifica de modo sustancial la esencia de la familia y se deshumanizan las relaciones humanas.⁵⁰

Estas reflexiones no interesan sólo a la filosofía del derecho porque del concepto de familia que se adopte, lo hemos afirmado anteriormente, se siguen consecuencias prácticas también para el derecho del trabajo como puede apreciarse en la jurisprudencia desde hace más de una década.⁵¹ Privilegiar al matrimonio en el ámbito de los beneficios laborales, de conformidad con el modo de ser y de obrar que observamos en la naturaleza, es una forma de proteger a la familia, de modo similar a como la bonificación del 100% para las cotizaciones del personal de reemplazo por maternidad es un modo de proteger la maternidad y de disminuir la carga social del empresario.

⁴⁷ Cfr. SERNA BERMÚDEZ, PEDRO. “Reivindicación europea de la familia. Una interpretación”, en *Iustitia* LXXII, No. 3-4, 1994, pp. 261-279.

⁴⁸ OLLERO, ANDRÉS. *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 152.

⁴⁹ Es un derecho de los padres decidir el número de hijos y el tiempo de su concepción, pero no son derechos absolutos, pues si engendran un hijo en fecha no deseada no tienen derecho a quitarle la vida.

⁵⁰ “Hoy se reconoce que la familia no es sólo el eje capital del derecho privado, sino que reviste también importancia considerable para la moralidad pública, para la conservación de la especie, para el aumento de la población, para la trabazón social y para la solidez de la estructura política [...] base insustituible para una organización estable y eficaz”. PÉREZ SERRANO, N. *Tratado de derecho político*, 2a. ed., cit. por MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑOZ. *La familia en la Constitución española*, Civitas, Madrid, 1984, p. 12.

⁵¹ En España, las controversias por la extensión de los beneficios reconocidos en la ley y los convenios colectivos en virtud del matrimonio, a las uniones de hecho son numerosas. Cito, como ejemplo, STSJ Madrid 25 de marzo de 1998 (AS 1998, 806), que rechaza el permiso por matrimonio a quienes acrediten una unión de hecho. También la negativa a conceder los permisos por enfermedad de parientes por afinidad a las parejas de hecho porque la afinidad presupone el matrimonio. Cfr. SSTs 18 de febrero y 27 de mayo de 1998 (RJ 1998, 2209 y 4932), entre otras.

4. La protección jurídica a la mujer trabajadora en relación con el empleo: la ruta hacia la igualdad de oportunidades en los convenios internacionales

La OIT, en las últimas décadas, ha orientado su labor a la promoción de los derechos de la mujer en el trabajo, dando lugar a la Declaración de la Conferencia Internacional del Trabajo sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras (1975), a la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998), a los convenios y recomendaciones destinados a garantizar la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores y las trabajadoras, en particular el Convenio sobre los Trabajadores con Responsabilidades Familiares (1981) y al Convenio sobre Protección de la Maternidad (2000), en el que se revisan los dos convenios anteriores sobre esta materia y se regula la protección en caso de riesgos en el embarazo. Son también especialmente relevantes, en relación con esta materia, las resoluciones adoptadas por este organismo en 1975, 1985 y 1991, y, en particular, la de junio de 2004, referida a la igualdad entre hombres y mujeres, la igualdad de remuneración y la protección de la maternidad.

Uno de los supuestos que es más sensible en relación con la igualdad de oportunidades es el despido de la mujer embarazada. Por eso, el último Convenio sobre protección de la maternidad de la OIT, el 183 (2000),⁵² en su artículo 8, establece una presunción *iuris tantum* a favor de la mujer embarazada despedida injustificadamente que obliga al empleador a probar la causa justa de dicha acción en todos los casos, de lo contrario el despido sería nulo.⁵³ Esta protección especial incluye el derecho a no ser sometida a pruebas de diagnóstico del embarazo para decidir su contratación.⁵⁴ Estas medidas no son discriminatorias

⁵² Ha entrado en vigor el 7 de febrero de 2002, con la ratificación de Rumania, Italia, Eslovaquia y Bulgaria.

⁵³ Artículo 8.1. Se prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un periodo que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador.

2. Se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad.

⁵⁴ Artículo 9.1. Todo Miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo, y ello no obstante el párrafo 1 del artículo 2.

Las medidas a que se hace referencia en el párrafo anterior incluyen la prohibición de que se exija a una mujer que solicita un empleo que se someta a un examen para comprobar si está o no embarazada o bien que presente un certificado de dicho examen, excepto cuando esté previsto en la legislación nacional respecto de trabajos que:

- a) estén prohibidos total o parcialmente para las mujeres embarazadas o lactantes, o
- b) puedan presentar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer y del hijo.

respecto al varón, pues él nunca se verá sometido a una prueba semejante (*ipsa rei loquitur*) y, por tanto, no necesita esta protección específica.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú (TC) ha delineado la protección constitucional al derecho a la no discriminación por razón del sexo de la mujer trabajadora, que pueden resumirse en las siguientes cuestiones.⁵⁵

A) La igualdad de derechos de hombres y mujeres en el derecho internacional de los derechos humanos

En el derecho internacional, esta igualdad, así como la prohibición de discriminación contra la mujer, son normas imperativas (*ius cogens*) que no admiten disposición en contrario, de acuerdo con el artículo 53 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969. Así, puede deducirse de los principios generales, basados tanto en la costumbre como en los tratados internacionales, que han sido interpretados y aplicados por los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, la Corte Internacional de Justicia, los Comités de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y especialmente por la legislación y jurisprudencia de los países miembros de la ONU.⁵⁶

b) La igualdad y obligación de no discriminación

La obligación de no discriminación es distinta al derecho de igual tratamiento ante la ley, tanto en la formación de la norma como en su interpretación o aplicación. A la vez son complementarias: el reconocimiento de la igualdad es el fundamento del trato no discriminatorio. Más aún, la igualdad de las personas incluye: *a)* el principio de no discriminación, mediante el cual se prohíben dife-

⁵⁵ Cfr. Expedientes 05652-2007-PA/TC del 6 de noviembre de 2008; 01837-2010-PA/TC del 18 de diciembre de 2010.

⁵⁶ Cfr. Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, que reafirma "la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres". Además, en su artículo 1 se proclama el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todas las personas "sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión". Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 2, reconoce los derechos y libertades de toda persona "sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición". A mayor abundamiento, el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), y el artículo 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establecen que los derechos enunciados en ellos son aplicables a todas las personas sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

rencias que no se puedan justificar con criterios razonables y objetivos, y *b)* el principio de protección, que se satisface mediante acciones especiales dirigidas a la consecución de la igualdad real o positiva. Consecuentemente, “el derecho a la igualdad no impone que todos los sujetos de derecho o todos los destinatarios de las normas tengan los mismos derechos y las mismas obligaciones. Es decir, no todo trato desigual constituye una discriminación constitucionalmente prohibida, sino sólo aquella que no está razonablemente justificada”.⁵⁷

En definitiva, la correcta aplicación del derecho exige *dar a cada quien lo que le corresponde*. Por tanto, no equivale a *uniformar* sino a *discriminar adecuadamente con criterios de proporcionalidad*.⁵⁸ De allí que la igualdad –exigida por la justicia– imponga tratar “igual a los iguales” y “desigual a los desiguales”. En consecuencia,

[...] si la mujer cumple con una función natural propia –la de la maternidad–, que exigen la guarda y custodia de la vida, a la que le corresponde una constitución biológica y un ritmo de vida y trabajo, distintos a los del varón, es consecuente que el Ordenamiento jurídico refleje estas diferencias naturales en orden a lograr un trato justo.⁵⁹

Se trata de promover los derechos de la mujer evitando un mimetismo con respecto al varón, que reduciría a la mujer a una mera copia de éste. Por el contrario, interesa que la antropología y las demás ciencias sociales, incluyendo al derecho, respeten y fomenten la diversidad de la tipología femenina y masculina. Sólo cuando se acepte –en la práctica– que “la mujer es capaz de colaborar con el hombre, por ser *su correspondencia perfecta*” y que “la mujer es otro tipo de “yo” en una humanidad común, constituida en perfecta igualdad de dignidad por el hombre y la mujer”,⁶⁰ la promoción de los derechos de la mujer tendrá un fundamento sólido, basado en auténticas relaciones de justicia.

El respeto a esta igualdad fundamental preservará el “genio femenino”, que se ha sintetizado como “la capacidad para acoger, para atender al hombre, para generar la vida”,⁶¹ que hace más humanas y cálidas las relaciones interpersonales

⁵⁷ Expediente 05652-2007-PA/TC, FJ 19.

⁵⁸ “Lo justo es tratar a todos por igual en lo que son iguales y de modo diferente –pero *proporcional*, ésta es la clave– en lo que son diferentes”. HERVADA, JAVIER y ANDRÉS MUÑOZ, JUAN. *Guía de los estudios universitarios. Derecho, ciencias de la educación. Guías de los estudios universitarios*, Ediciones Universidad de Navarra-EUNSA, Pamplona, 1984, p. 46.

⁵⁹ PACHECO ZERGA, LUZ. “La protección de la mujer trabajadora en el ordenamiento peruano”, en *Gaceta Jurídica*, No. 120, 2003, p. 19.

⁶⁰ JUAN PABLO II. “Compromiso por la promoción de la mujer”, *op. cit.*

⁶¹ *Idem*.

dentro del hogar y en las demás esferas de la vida social. Igualdad en lo fundamental y equidad en la diversidad: ésta puede ser la síntesis de la regulación jurídica respecto a los derechos de la mujer en la familia y en el trabajo.

c) La protección internacional de la mujer y sus derechos humanos

En este campo son de especial relevancia la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (DEDM), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDM) y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (PFCEDM), porque han ampliado y reforzado la igualdad de derechos reconocida en otros instrumentos internacionales. El artículo 1 de la CEDM define a la discriminación contra la mujer en tales términos,⁶² que de ellos puede deducirse que cubre tanto la igualdad de oportunidades (igualdad formal) como la igualdad de resultados (igualdad *de facto*). Asimismo, permite concluir que la discriminación contra la mujer abarca toda diferencia de trato (distinción, exclusión o restricción) por motivos de sexo que: *a)* intencionada o no intencionadamente desfavorezca a la mujer; *b)* impida a la sociedad en su conjunto reconocer los derechos de la mujer en las esferas doméstica y pública, o *c)* impida a la mujer gozar o ejercer los derechos humanos y las libertades fundamentales de que es titular.

En definitiva, la tendencia del derecho internacional es proteger objetivamente a la mujer, dejando en un segundo plano la intencionalidad del empresario. Apreciamos que se ha producido una evolución similar a la que se dio a comienzos del siglo pasado en relación a la responsabilidad del empleador en los casos de accidentes profesionales.

Por otro lado, ante la situación de discriminación histórica en perjuicio de la mujer se acepta que los Estados puedan “aplicar medidas positivas de carácter correctivo mientras persistan las desigualdades”.⁶³ En esta línea se considera que es deber del Estado ser el promotor de la igualdad sustancial entre los individuos mediante “acciones positivas” o “de discriminación inversa”. Esta acción estatal

⁶² “La expresión “discriminación contra la mujer” comprende “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”. Esta Convención fue ratificada por el Perú el 13 de septiembre de 1982, por tanto, de acuerdo con el artículo 55 de la Constitución, su contenido forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y se debe aplicar aunque la legislación peruana no regule las mismas materias, porque las normas internacionales son “válidas y vinculantes dentro de nuestro ordenamiento jurídico nacional” (cfr. sentencia del TC recaída en el expediente 0008-2005-PI/TC, FJ 50).

⁶³ CEDM, artículo 4.

debe ser prudentemente ejercida a fin de no incurrir en nuevas discriminaciones, como sería preferir la contratación de una persona en un puesto no por su capacidad para realizar el servicio o la obra que se requiera, sino por factores sociológicos al margen de las prestaciones conmutativas a las que se obligan las partes del contrato de trabajo. De modo similar, las cuotas de preferencia para el empleo femenino son cuestionables cuando establecen una preferencia sólo por razones históricas, en detrimento de los sujetos que, en igualdad de condiciones, salvo el sexo, tengan los mismo méritos para un empleo o, lo que parece aún más discriminatorio, que se elija a la mujer sólo con el fin de corregir los abusos del pasado. Con este tipo de disposiciones en lugar de resolver una discriminación injusta se crea una nueva, que será origen de futuros antagonismos. En cambio, cuando la diversidad de trato obedece a razones que se siguen a la naturaleza de las personas o de las cosas, esa equidad es garantía de justicia.

d) La discriminación y la igualdad en materia laboral

El principio constitucional de igualdad de trato en el ámbito laboral hace referencia a la regla de no discriminación y a la igualdad ante la ley. Esta regla de igualdad asegura, en lo relativo a los derechos laborales, la igualdad de oportunidades de acceso al empleo y de tratamiento durante el empleo.

En consecuencia, es deber del Estado y de los particulares reconocer, en la práctica laboral, que las mujeres:

- Tienen los mismos derechos y responsabilidades que los hombres durante el matrimonio y con ocasión de su disolución y como progenitores, cualquiera que sea su estado civil.⁶⁴
- También tienen los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos, así como tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.⁶⁵

⁶⁴ CEDM, artículo 16, literales c) y d).

⁶⁵ CEDM, artículo 16, literal e). Los medios que pueden emplear, tanto el varón como la mujer, para limitar o espaciar el nacimiento de los hijos, tienen que respetar un derecho humano básico, presupuesto de todos los demás: el derecho a la vida. Por tanto, cualquier método que entrañe un riesgo para la vida del concebido debe ser prohibido en una sociedad democrática. Una fundada argumentación sobre la inconstitucionalidad del empleo de la píldora del día siguiente, como método de anticoncepción oral de emergencia, ha sido expuesta por el Tribunal Constitucional del Perú en la Sentencia 02005-2009-TC/PA, en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.html>. De allí que el aborto, con mayor razón, sea también un método contrario al orden constitucional de la mayoría de los países occidentales.

En definitiva, el Estado tiene que velar para que sus actos o los que realicen los particulares no constituyan un atentado directo o indirecto a estos derechos humanos fundamentales.

En este contexto, la discriminación laboral se produce cada vez que se escoge o rechaza a un trabajador por razón de su sexo o por otra razón injustificada, que implica una restricción a la libertad del ser humano para elegir y desarrollar sus aspiraciones profesionales y personales.⁶⁶ Que se materializa cuando son excluidas o incluso disuadidas de aspirar a un empleo o pueden ser obstaculizadas para ser promovidas profesionalmente.

La discriminación en el trabajo puede ser directa o indirecta. Es directa cuando las normas jurídicas, las políticas y los actos del empleador excluyen, desfavorecen o dan preferencia explícitamente a ciertos trabajadores, e indirecta, cuando ciertas normas jurídicas, políticas y actos del empleador de carácter aparentemente imparcial o neutro tienen efectos desproporcionadamente perjudiciales en gran número de integrantes de un colectivo determinado, sin justificación alguna e independientemente de que éstos cumplan o no los requisitos exigidos para ocupar el puesto de trabajo de que se trate.

e) La discriminación por razón de sexo: el embarazo

El derecho a la igualdad y la no discriminación ha sido definido por el TC peruano con criterios idénticos a los de su homólogo español en la sentencia 175/2005, del 4 de julio. Ambos tribunales coinciden en que este tipo de discriminación

[...] comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino también en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca. Es decir, que la discriminación laboral por razón de sexo comprende no sólo los tratamientos peyorativos fundados en la constatación directa del sexo, sino también aquellos que se basen en circunstancias que tengan una directa conexión con el sexo.⁶⁷

Señalan, asimismo, que el embarazo es un elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres, que “no puede

⁶⁶ La igualdad en el trabajo ha sido un tema recurrente en las normas internacionales del trabajo que adopta y promueve la Organización Internacional de Trabajo (OIT), desde la Declaración de Filadelfia, en la que se reconoce que “todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades” hasta la actualidad.

⁶⁷ Expediente 05652-2007-PA/TC, FJ 49.

acarrear, conforme a la interdicción de la discriminación por razón de sexo, perjuicios a la mujer trabajadora”.⁶⁸ Por tanto, “las decisiones extintivas basadas en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen, indudablemente, una discriminación por razón de sexo proscrita por el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política”.⁶⁹ Por otro lado, la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto, sino también se extiende al ámbito estricto del desarrollo y a las vicisitudes de la relación laboral, razón por la cual condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empleador. Por ello, el artículo 23 de la Constitución Política prescribe que el Estado proteja especialmente a la madre que trabaja.

Estas premisas traen consigo que se califiquen como discriminación directa basada en el sexo tanto el despido por razón del embarazo, como la negativa a contratar a una mujer embarazada por el solo hecho de estarlo. De este modo, la protección a la maternidad o la prohibición de discriminación por razón de ella se extiende tanto en el acceso al empleo como la permanencia en el mismo, así como a los actos peyorativos o los que, sin que tengan esa intencionalidad, resulten objetivamente discriminatorios.

5. Conclusiones

El desmontaje analítico del derecho del trabajo, a la luz de su desarrollo en el último siglo y en el primer decenio del actual, permite concluir que la protección a la mujer trabajadora ha devenido en la protección a la “madre trabajadora” y a la titularidad conjunta con el “padre trabajador” de los derechos-deberes que se derivan de la procreación y cuidado de los hijos.

La valoración del trabajo femenino fuera del hogar está íntimamente relacionada con la mejor comprensión de la función *humanizadora* del trabajo. El trabajo realizado en condiciones de dignidad permite comprender el sentido del mundo y de la propia existencia. Al cumplir adecuadamente con el derecho-deber de trabajar se fraguan personalidades maduras, solidarias, capaces de lograr un desarrollo sostenible a largo plazo.

Del concepto jurídico de familia se desprenden consecuencias vitales para la formación ética de los ciudadanos. En algunos países ha devenido en un término equívoco, pero en la mayoría existe una relación directa entre matrimonio y familia, que son reconocidos como institutos naturales. En consecuencia, sus

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Español (STCE) 175/2005, del 4 de julio, FJ 2.

⁶⁹ FJ 50. La STCE 175/2005, del 4 de julio, se remite a la Constitución española.

propiedades y fines, así como el conjunto de derechos y deberes que originan no son concesiones legislativas sino exigencias de justicia fundadas en la misma naturaleza humana, que ningún Estado puede ignorar, restringir o despreciar arbitrariamente.

La reducción del matrimonio y la familia a funciones sociales con independencia del sexo sustituye la función natural de acogimiento incondicional y educación de los hijos en los vínculos de amor y amistad, por fines instrumentales según los intereses subjetivos, y convierte al hijo en un bien útil, asemejándolo a las cosas. Se aprecia, en esos casos, un retroceso cultural, que sitúa a una sociedad en las categorías precristianas de esclavos (cosas) y patronos. De este modo se altera sustancialmente la esencia de la familia y se deshumanizan las relaciones humanas. Urge, por tanto, entablar un diálogo académico respecto a estas cuestiones sin presiones ideológicas que distorsionen la verdadera naturaleza de las instituciones jurídicas esenciales para la paz y el desarrollo social.

Existe un movimiento jurídico internacional promovido por organismos e instituciones supranacionales que ha logrado comprometer a los Estados en la tarea de conseguir la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres, que comprende tanto el acceso al empleo como su permanencia. Lo cual exige respetar tanto los derechos del empresario como los de la madre trabajadora y orientar su protección hacia la corresponsabilidad con el varón de las obligaciones familiares.

La igualdad de oportunidades no equivale convertir una sociedad sexuada en una asexuada. La diferencia varón-mujer no es social sino ontológica. Y esta diversidad del modo de ser y de obrar se orienta a la mutua complementariedad en la vida familiar, social y laboral. De allí que la titularidad de los derechos laborales en orden a cumplir con las obligaciones familiares debe tener en cuenta las competencias específicas e insustituibles de cada sexo. No se trata de uniformar sino de discriminar adecuadamente con criterios de proporcionalidad. En consecuencia, al cumplir la mujer la función natural propia de la maternidad, que exigen la guardia y custodia de la vida, le corresponde una constitución biológica y un ritmo de vida y trabajo distintos a los del varón. Por tanto, los ordenamientos jurídicos deben reflejar estas diferencias naturales para poder lograr un trato justo.

La discriminación contra la mujer en los instrumentos internacionales prohíbe tanto las diferencias de trato intencionadas como las no intencionadas. Son normas imperativas que, de acuerdo al derecho internacional, no admiten disposición en contrario. Así se deduce de los principios generales contenidos en la costumbre, en los tratados y en la jurisprudencia internacional. De allí que el derecho del trabajo otorgue una protección particular a la trabajadora embara-

zada, estableciendo figuras como el fuero maternal, que impiden el despido o la no renovación del contrato de trabajo. Esta protección condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empleador.

La acción positiva o discriminación inversa que debe realizar el Estado en favor de la mujer debe ser prudentemente ejercida a fin de no incurrir en nuevas discriminaciones. Pretender resolver una discriminación histórica con otra actual en perjuicio del varón, sin una base objetiva, al ser una acción injusta, suscitará nuevos conflictos, en una espiral sin fin.

El esfuerzo internacional de protección a la mujer y, en definitiva, a la familia requiere de la acción conjunta del Estado y los particulares para que la regulación jurídica del trabajo permita armonizar adecuadamente las responsabilidades profesionales con las familiares, tanto del varón como de la mujer. Igualdad en lo fundamental y equidad en la diversidad: ésta puede ser la síntesis de la regulación jurídica respecto a los derechos de la mujer en la familia y en el trabajo. La ruta está trazada: nos corresponde transitarla. ■