

EL DESPIDO DISCRIMINATORIO POR EMBARAZO: UNA LECTURA DESDE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Miguel F. Canessa Montejo

Introducción

El 6 de noviembre de 2008, el Tribunal Constitucional peruano dictó la sentencia en el Expediente N°. 05652-2007-PA/TC, que pone fin al proceso de amparo interpuesto por doña Rosa Bethzabé Gambini Vidal contra la sentencia de la Sexta Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

La sentencia de la Corte Superior de Lima declaró improcedente la demanda de despido discriminatorio por razón de sexo al considerar que la demanda fue interpuesta incumpliendo el plazo establecido por el artículo 44 del Código Procesal Constitucional.

Lo resaltante del caso es que la sentencia del Tribunal Constitucional declara fundado el amparo, estableciendo los parámetros jurídicos interpretativos del despido discriminatorio por embarazo de nuestro ordenamiento, apoyándose tanto en la interpretación de la normativa nacional, como recurriendo a la legislación y jurisprudencia internacional sobre la materia.

El estudio se ha dividido en cinco partes. En la primera parte se plantea un marco conceptual de la prohibición de la discriminación, ubicando al embarazo dentro de él. En la segunda parte se traslada el análisis al marco normativo peruano -tanto nacional como internacional vinculante-

En la tercera parte se estudia el *Caso Gambini* ante el Tribunal Constitucional, resaltando los aspectos sustanciales sobre la materia. En la cuarta parte se agregan sentencias nacionales que complementan al Caso estudiado, especialmente sobre las formalidades en la comunicación del embarazo al empleador, exigencia señalada en la norma nacional. En la quinta parte se examina la prohibición de la discriminación y las normas imperativas de Derecho Internacional.

Por un lado, se reconoce la violación de la igualdad cuando se produce un tratamiento discriminatorio sustentado en la arbitrariedad. Por otro lado, no es violatorio de la igualdad un tratamiento desigual que esté debidamente justificado.

1. Marco conceptual de la prohibición de discriminación en materia laboral

El principio de igualdad es el pilar bajo el cual se sostiene la construcción teórico jurídica de la prohibición de la discriminación en materia laboral, con lo que sobre la noción de ese pilar y su materialización en términos jurídicos iniciamos este acápite.

El profesor alemán Alexy interpreta el principio general de igualdad *prima facie* como la exigencia a un tratamiento igual y solo se permite un tratamiento desigual si puede ser justificado con razones opuestas¹. Seguimos este punto de vista porque no se define la igualdad en términos absolutos que lo conduzcan a una imposible materialización. Se trata más bien de una noción que deja abierto el debate sobre las diversas formas en que se puede recoger jurídicamente el principio.

1. *Teoría de los derechos fundamentales* de Robert Alexy. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, trad. de Ernesto Gastón Valdés, 1993, p. 398.

A la vez, tiene otras dos virtudes destacadas para analizarlo dentro de los derechos laborales. Por un lado, se reconoce la violación de la igualdad cuando se produce un tratamiento discriminatorio sustentado en la arbitrariedad. Por otro lado, no es violatorio de la igualdad un tratamiento desigual que esté debidamente justificado.

Si bien existen dificultades por conciliar posiciones sobre el tipo de igualdad preferible, en cambio existe el consenso que algún plano de igualdad resulta exigible. La igualdad formal es el escalón mínimo en la pirámide conceptual igualitaria. Su aforismo jurídico es: "Todos son iguales ante la Ley". Se entiende que todos los miembros de una comunidad reciben un tratamiento idéntico por el ordenamiento jurídico, lo que también se conoce como *igualdad de iure* o *igualdad jurídica*. La regla general es que no cabe ningún tipo de discriminación o tratamiento diferente hacia las personas. La igualdad ante la ley se materializa en dos momentos: durante la elaboración de la norma y con la interpretación de la norma. En el primer caso, el legislador tiene como mandato imperativo elaborar una norma que no plantee distingos o diferencias, salvo que exista una debida y razonable justificación, como veremos posteriormente. En el segundo caso, el magistrado o el funcionario público tienen como mandato imperativo interpretar la norma sin establecer distingos o diferencias en su aplicación sobre las personas.

La igualdad jurídica se debate en dos posiciones. Por un lado, una versión rigurosa que rechaza cualquier tipo de excepción a la regla general por considerarla desnaturalizadora del principio, ya sea para mantener privilegios de determinados grupos o la implementación de medidas en favor de grupos vulnerables. En otras palabras, la ley se aplica por igual a los iguales y a los desiguales. Cualquier resultado que se produzca bajo este marco se considera plenamente aceptable. Por otro lado, una versión más flexible del principio de igualdad jurídica, que si bien se sujeta a la regla general, justifica que, en casos excepcionales, determinados grupos vulnerables o colectivos desaventajados puedan recibir un trato diferenciado de la norma jurídica por la grave situación de desigualdad en que se encuentran. En otras palabras, la ley se aplica por igual para los iguales y se aplica de manera desigual para los desiguales. Sin embargo, esta última propuesta supone en sentido estricto romper con el principio de *igualdad de iure* y sustituirlo por una *igualdad de hecho* o igualdad material.

La defensa de la igualdad material reside en palabras de PÉREZ LUÑO, en que «si se parte del principio de que los ciudadanos son iguales ante la ley y poseen los mismos derechos, deben poder participar en situación de igualdad en las ventajas que dimanen de la sociedad, y que es tarea del Estado hacer que tal derecho sea respetado, evitando que los más poderosos opriman a los débiles y que la desigualdad de hecho destruya la igualdad jurídica»².

Esta línea de pensamiento inserta en su análisis que las disparidades reales afecta la igualdad jurídica, porque situaciones de poder o de profunda desigualdad desvirtúan la finalidad de la igualdad. Esto sin duda tiene relevancia para el Derecho del Trabajo, como afirma el maestro uruguayo Ermida, porque esta rama jurídica «protege al trabajador para reducir la desigualdad propia de la relación de trabajo o para evitar los peores efectos de esa desigualdad. Así, la desigualdad es el fundamento último de la protección. Si no fuera por ella, la protección no se justificaría»³.

La dificultad de plantear la igualdad de hecho o igualdad material sin límites es que puede provocar serios conflictos. Como bien lo subraya ALEXY, una igualdad de hecho sin restricciones conduce a situaciones no deseables⁴. No obstante, dejar de lado cualquier tipo de acción positiva que equilibre las desigualdades reales produce una permanente desigualdad, irónicamente justificada por la igualdad jurídica. Por eso, desde el propio liberalismo, se postula que ese tipo de criterio conduce al cinismo social y se justifica la acción positiva para remediarlo⁵.

Si se establecen límites precisos a la igualdad material se superan algunos de sus cuestionamientos, permitiendo matizar la igualdad jurídica y armonizarlo al contexto social en el que se aplica.

La igualdad de oportunidades puede ser ese punto intermedio que equilibre sin arbitrariedades la desigualdad real respetando la finalidad de la igualdad jurídica. La acción positiva del Estado –o de terceros– obligada por el Derecho se dirige a satisfacer la necesidad básica ya sea con la prestación de un bien o un servicio, buscando que todos los sujetos que lo

2. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* de Antonio Enrique Pérez Luño. Madrid, Editorial Tecnos, 6ª. Edición, 1999, p. 90.

3. *Protección, igualdad, dignidad libertad y no discriminación* de Oscar Ermida Uriarte. En: *Revista Derecho Laboral*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, Tomo LIV, N° 241, 2011, p.9.

4. Alexy, Óp. Cit., p. 385.

5. *El nuevo liberalismo* de Ralph Dahrendorf. Madrid, Editorial Tecnos, trad. de José M. Tortotsa, 1982, p. 35.

sufran no se vean impedidos de ejercitar realmente sus derechos fundamentales. Se trata del esfuerzo de que todos los miembros de la sociedad cuenten con una situación material que les permita gozar y ejercitar su igualdad jurídica.

Con independencia de la modalidad que se recoja en un ordenamiento jurídico el principio de igualdad, dentro de su contenido se expresa la no discriminación –aunque adquiriendo cada vez mayor independencia conceptual-. En efecto, la no discriminación surge como una de las formas en que se materializa la igualdad. Se trata en palabras de Ermida: «Igualdad y no discriminación no son la misma cosa. El principio de igualdad es el mayor, que incluye al de no discriminación. Esta es un derivado de aquella, una concreción, efecto o reflejo de la igualdad. La igualdad es el género y la discriminación es una de sus especies. Un instrumento de la igualdad»⁶.

Se entiende la discriminación como el distingo peyorativo o la diferenciación de una determinada colectividad o grupo de personas en razón a una serie de causales (raza, sexo, religión, etc.), dándole un trato de inferioridad. De este modo, la discriminación está en directa relación al principio de igualdad, por lo que desde el Derecho se formula una prohibición específica para asegurar una dimensión en su respeto: *la prohibición de la discriminación*.

La discriminación se puede materializar de manera directa o indirecta. La discriminación directa ocurre cuando una persona sufre un distingo peyorativo de manera inmediata sin que medie una justificación por ello. La discriminación indirecta ocurre cuando una persona ubicada en una situación o circunstancia determinada, lo coloca en una situación de desigualdad frente a los demás, generando un distingo peyorativo ante la medida aparentemente neutra que la excluye o diferencia.

El traslado de la prohibición de la discriminación al ámbito laboral resulta más importante, como ya se ha mencionado, por la particularidad sobre la que se sustenta la relación de trabajo. El trabajador restringe el ejercicio de su libertad durante el tiempo de trabajo al que se encuentra sometido a su empleador, en razón a la característica de subordinación que se desprende de la relación laboral⁷. El poder del empleador dentro de la relación laboral resulta siendo una amenaza permanente al abuso que se

puede materializar por medio de una discriminación sobre el trabajador o un grupo de trabajadores. La prohibición de la discriminación en materia laboral sería negar efectos jurídicos a cualquier distingo o diferencia que afecte de manera negativa a un trabajador o grupo de trabajadores implementada por el empleador o sus representantes motivados por causas vedadas en el ordenamiento.

La dificultad de plantear la igualdad de hecho o igualdad material sin límites es que puede provocar serios conflictos.

El profesor Neves al referirse a la discriminación directa –y posteriormente, también incluye a la discriminación indirecta en esa observación- alude a que existen dos significados sobre el alcance del término discriminación: «Según el primero, hay discriminación toda vez que se practique una distinción arbitraria, esto es, carente de causa objetiva y razonable. Conforme al segundo, solo la hay si dicho trato se funda en un motivo prohibido por el ordenamiento»⁸. Los sistemas normativos nacionales y el ordenamiento internacional se han inclinado mayoritariamente por el segundo planteamiento, pero paulatinamente se viene aceptando internacionalmente el primer planteamiento.

La prohibición de la discriminación en materia laboral adquiere una centralidad en el Derecho del Trabajo, centralidad que se refleja en una protección normativa previa a la relación –el acceso al empleo-, durante la relación laboral –salarios y condiciones de trabajo- y al momento de la terminación de la relación laboral –especialmente, en el despido-. Inclusive, se le plantea de manera post contractual⁹.

6. Ermida, Op. Cit., p. 14.

7. Véase *Los derechos laborales: la protección de la libertad en el mundo del trabajo* de Miguel F. Canessa Montejo. En: *Asesoría Laboral*. Lima, Estudio Caballero Bustamante, Año XIII, N°. 155, Noviembre 2003.

8. *Introducción al Derecho del Trabajo* de Javier Neves Mujica. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1ª. Reimpresión, 2009, p. 135-136.

9. Ermida, Op. Cit., p. 20.

La prohibición de la discriminación en el acceso al empleo significa que el empleador o su representante no pueden apoyar la exclusión o diferenciación en la contratación de un trabajador sobre la base de una decisión arbitraria motivada en una causa vedada por el ordenamiento¹⁰.

De igual modo, la prohibición de la discriminación durante la relación laboral significa que el empleador o su representante no pueden apoyar la exclusión o diferenciación de un trabajador o grupo de trabajadores en el goce de un determinado derecho sobre la base de una decisión arbitraria motivada en una causa vedada por el ordenamiento. Estos derechos laborales son el salario y las condiciones de trabajo establecidas por normas heterónomas o autónomas¹¹.

A su vez, la prohibición de la discriminación en la terminación unilateral de la relación laboral por el empleador significa que el despido del trabajador no puede sustentarse en una arbitrariedad carente de una justificación y motivada en una causa vedada por el ordenamiento.

Hay que tener presente que el despido supone el ejercicio de un acto de violencia del poder privado

permitido por el ordenamiento legal¹², con lo que su regulación resulta esencial para la funcionalidad del Derecho. Con mayor razón si detrás del despido se esconde una motivación discriminadora sobre el trabajador.

Ante un despido que se encuentre motivado por una causa vedada por el ordenamiento, se considera que dicho despido no puede tener efectos jurídicos, es decir debe ser un despido nulo. Con lo que el trabajador que sufre un despido discriminatorio debe ser reparado el daño con su reinstalación en el puesto de labores, además de los salarios devengados y una eventual indemnización. La nulidad del despido es el único medio para reparar el daño por la violación de un derecho fundamental.

El texto constitucional recoge de manera conjunta la igualdad ante la ley y la prohibición de la discriminación.

En el listado de causas consideradas como vedadas se ubica la discriminación motivada por el sexo de las persona. Esta discriminación consiste en distinciones peyorativas que se formulan en función al sexo de las personas ya sea de forma explícita o implícita. «Estas discriminaciones suelen practicarse contra las mujeres, sobre todo cuando se trata de las discriminaciones indirectas, y se fundan en concepciones tradicionales de fuerte arraigo en algunas sociedades»¹³.

La Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) identifica entre las discriminaciones por sexo que se materializan en las relaciones laborales: el estado civil, la condición matrimonial, las cargas

10. La Comisión de Expertos de la OIT, sobre la base de su análisis del Convenio N° 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), señala: «La aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de trato garantizan el derecho a que toda candidatura para ocupar un empleo determinado sea considerada en forma equitativa, sin que se ejerza discriminación alguna fundada en los motivos enumerados en el Convenio. La aplicación de este principio no otorga a cada persona el derecho a obtener el empleo de su elección, cualesquiera sean sus calificaciones profesionales y demás condiciones. El procedimiento de contratación y la justificación del eventual rechazo del empleo revisten suma importancia para que este derecho pueda ejercitarse con eficacia». En: *Igualdad en el empleo y la ocupación*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1996, párrafo 82.

11. La Recomendación N° 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) enumera un listado de ámbitos que cubre las condiciones de trabajo: el ascenso de acuerdo con la conducta, experiencia, capacidad y laboriosidad de cada persona; la seguridad en el empleo; la remuneración por un trabajo de igual valor; y la otras condiciones de trabajo, entre ellas horas de trabajo, período de descanso, vacaciones anuales pagadas y seguridad e higiene en el trabajo, pero también las medidas de seguridad social y los servicios sociales y prestaciones sociales en relación con el empleo.

12. «El despido tiene que contemplarse como un acto de fuerza, un fenómeno de violencia inserto en los itinerarios de la autoridad empresarial. En tanto que fenómeno de empresa, más allá de su forma jurídica y de su engarce en el mecanismo regulativo de las relaciones de trabajo entre el momento contractual y el organizativo, es ante todo un acto de violencia del poder privado que se expresa como tal. La empresa, a través de la privación del trabajo a una persona, procede a expulsarla de una esfera social y culturalmente decisiva, es decir de una situación compleja en la que a través del trabajo ésta obtiene derechos de integración y de participación en la sociedad, en la cultura, en la educación y en la familia. Crea una persona sin cualidad social, porque la cualidad de la misma y los referentes que le dan seguridad en su vida social dependen del trabajo». En: *El despido o la violencia del poder privado* de Antonio Baylos y Joaquín Pérez Rey. Madrid, Editorial Trotta, 2009, p.44.

13. OIT, Op. Cit., párrafo 35.

de familia, el embarazo y parto, el hostigamiento sexual. En el caso específico de la discriminación por embarazo o por el parto sólo lo sufren las mujeres.

El despido discriminatorio por embarazo consiste en que el empleador da por terminada la relación de trabajo de la mujer motivado por su estado de gestación, aunque esconda la motivación bajo la apariencia de otras justificaciones.

2. El despido discriminatorio en el ordenamiento nacional

El principio de igualdad y no discriminación se encuentra recogido en el artículo 2 numeral 2 de nuestra Constitución, en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho: 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, *sexo*, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole (la cursiva es mía)”. Así, el texto constitucional recoge de manera conjunta la igualdad ante la ley y la prohibición de la discriminación, decantándose por introducir un listado de causas vedadas que se consideran discriminatorias, dentro de una de ellas, la del sexo.

También el texto constitucional en el primer párrafo del artículo 23 señala: “El trabajo en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la *madre*, al menor de edad y al impedido que trabajan (la cursiva es mía)”. Así nuestra Constitución fija una protección preferente a favor de la madre trabajadora, los menores de edad y las personas discapacitadas dentro de las relaciones laborales.

La propia Constitución en su artículo 26 numeral 1 traslada el principio de igualdad al ámbito laboral, señalando: “En la relación laboral se respetan los siguientes principios: 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación”. Aquí se precisa que el principio de igualdad se materializa en el mundo laboral bajo la modalidad de igualdad de oportunidades sin discriminación. Asimismo, si bien no hay una mención a un listado específico de discriminación, una interpretación sistemática del texto constitucional conduce a sostener que la discriminación por sexo también se encuentra recogida para las relaciones laborales.

Paralelamente al texto constitucional debemos considerar los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país que gozan de similar rango jerárquico. Se trata

de una interpretación que proviene de la lectura de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución sobre la interpretación de los derechos fundamentales: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú”¹⁴. Asimismo, se debe tener presente que la Constitución peruana optó por un modelo abierto de derechos fundamentales, lo que refuerza la interpretación planteada. Así, el artículo 3 sobre los derechos constitucionales implícitos o innominados señala: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye a los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y la forma republicana de gobierno”.

De este modo, existe una relación de complementariedad entre la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú, siendo exigible y de aplicación inmediata dentro de nuestro ordenamiento.

La prohibición de todo tipo de discriminación se encuentra recogida en los artículos 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; los artículos 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 2.2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo II de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre; los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –o Pacto de San José–; el artículo 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos –o Protocolo de San Salvador–; el artículo 5 de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; el artículo 11.1.b) de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; y los artículos 2 inciso b, 4 inciso f y 6 inciso a de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra

¹⁴ Los argumentos que fundamentan la interpretación que los instrumentos internacionales de derechos humanos gozan de rango constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, desde una perspectiva laboral, pueden encontrarse en: *Introducción al Derecho del Trabajo* de Javier Neves Mujica. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, 1ª. Reimpresión, p. 76 y ss.; *Los convenios de la OIT y la nueva constitución peruana* de Miguel F. Canessa Montejó Asesoría Laboral. Lima, Estudio Caballero Bustamante, Año IV, N° 37, Enero 1994.

la Mujer –o Convención de Belém do Pará¹⁵.

Al lado de los mencionados instrumentos internacionales del sistema universal e interamericano de derechos humanos, se deben tener presente los elaborados internacionalmente en el ámbito laboral –el sistema universal especializado de los derechos humanos laborales-, nos referimos a los Convenios de la OIT que prohíben la discriminación. En el caso peruano, se han ratificado el Convenio N° 100 sobre la igualdad de remuneración; el Convenio N° 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación); y el Convenio N° 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares. También éstos gozan de rango constitucional dentro de nuestro ordenamiento, en razón que desarrolla materia de derechos humanos.

Además, se debe tener presente que tanto los sistemas universal e interamericano de los derechos humanos implementan mecanismos de control como medio de verificación sobre el cumplimiento de las obligaciones internacionales que se desprenden de estos instrumentos jurídicos¹⁶. Los pronunciamientos de estos órganos de control internacional tienen una importancia central en nuestro ordenamiento, conforme lo establece el artículo V del Código Procesal Constitucional: “El contenido y alcance de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de que el Perú es parte”.

La legislación nacional desarrolla el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación establecido constitucionalmente en una serie de normas, nos enfocamos en los aspectos de contenido laboral.

En primer lugar, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, LPCL) –Texto

15 Otros instrumentos internacionales de derechos humanos que se encuentran fuera del sistema interamericano de derechos humanos, o que no han sido ratificados por el Perú, también reconocen el principio de no discriminación. Los artículos 1 y 14 del Convenio Europea de Derechos Humanos; el artículo 1.2 de la Carta Social Europea y el artículo 1 del Protocolo Adicional de la Carta Social Europea de 1988; los artículos 20 y E de la Carta Social Europea reformada; los artículos 2 y 3 de la Carta Africana de Derechos Humanos; el artículo 25 del Convenio Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

16 Véase *La protección internacional de los derechos humanos laborales* de Miguel F. Canessa Montejo. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2008, p. 201 y ss.

Único Ordenado (Decreto Supremo N°. 003-97-TR)- establece como causal del despido nulo en su artículo 29: la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma (inciso d)¹⁷ y el embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto (inciso e). Este último inciso también establece que si el empleador no acredita la existencia de una causa justa para despedir, se presume que el despido tiene por motivo el embarazo. Asimismo, esta presunción se aplica siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y esto no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa¹⁸.

La legislación laboral peruana adopta el criterio generalizado de que el despido discriminatorio debe ser sancionado con su nulidad, ordenando la reinstalación de la trabajadora en su puesto de labores. La particularidad de nuestra legislación es que el despido por embarazo merece una mención expresa por su particularidad dentro del despido discriminatorio por razón del sexo.

Hay que tener presente, como lo resalta el profesor Blancas, que los supuestos de discriminación de la legislación son más restringidos en comparación con el texto constitucional, pues no incluye la “condición económica” y la “de cualquier índole”, «que opera como cláusula de apertura del precepto constitucional (artículo 2.2 de CP), lo cual posibilita ampliar el ámbito de la tutela antidiscriminatoria»¹⁹. Habría que agregar a lo ya mencionado, que tampoco se agrega en la ley como supuesto de discriminación el motivo de origen. A pesar de estas ausencias de supuestos de discriminación de la LPCL, la norma constitucional debe aplicarse en el ámbito laboral directamente en los tres supuestos que se ha mencionado, con lo que no cabe justificar la inaplicación de la nulidad de despido para estos casos.

También considera la LPCL como un acto de hostilidad equiparable al despido indirecto: los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma (artículo 30 inciso f). A diferencia

17 El Reglamento de la Ley (Decreto Supremo 001-96-TR) señala que se considera discriminatoria, para efectos de la Ley, una notoria desigualdad no sustentada en razones objetivas o el trato marcadamente diferenciado entre varios trabajadores (artículo 48).

18 La presente redacción del inciso e) del artículo 29 de la LPCL proviene de la modificación efectuada por el artículo 1 de la Ley N°. 27185.

19 *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo* de Carlos Blancas Bustamante. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1ª. Reimpresión, 2009, p. 160.

del anterior supuesto, el despido indirecto se sanciona alternativamente con la orden del cese de hostilidad e imponiendo al empleador una multa (artículo 35 inciso a) o, con la terminación del contrato de trabajo y el pago de una indemnización, independientemente de la multa y de los beneficios sociales que puedan corresponderle (artículo 35 inciso b).

En segundo lugar, la Ley sobre el plan nacional de lucha contra el virus de inmunodeficiencia humana (Ley 26626), que establece en su artículo 6: “Las personas con VIH/SIDA pueden seguir laborando mientras estén aptas para desempeñar sus obligaciones. Es nulo el despido laboral cuando la causa es la discriminación por ser portador del VIH/SIDA”.

En tercer lugar, la Ley general de la persona con discapacidad (Ley 27050), que establece en su artículo 31 sobre beneficios y derechos de la legislación laboral en su numeral 2: “Nadie puede ser discriminado por ser persona con discapacidad. Es nulo el acto que basado en motivos discriminatorios afecte el acceso, la permanencia y/o en general las condiciones en el empleo de la persona con discapacidad”.

En cuarto lugar, la Ley contra actos de discriminación (Ley 27270) se concentra en la oferta o el acceso al empleo. En su artículo 2 define la discriminación: “Se entiende por discriminación, la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato, en los requerimientos del personal, a los requisitos para acceder a centros de educación, formación técnica y profesional, que impliquen un trato diferenciado basados en motivos de raza, sexo, religión, opinión, origen social, condición económica, estado civil, edad o de cualquier índole”²⁰. El siguiente artículo establece que la sanción en materia laboral le corresponde al Ministerio de Trabajo.

En quinto lugar, la Ley de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres (Ley N°. 28983), donde también define la discriminación en los siguientes términos: “Para los efectos de la presente Ley, se entiende por discriminación, cualquier tipo de distinción, exclusión, o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de las personas independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad entre la mujer y el hombre, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica,

social, cultural o en cualquier otra, en concordancia con lo establecido en la Constitución Política del Perú y en los instrumentos ratificados por el Estado peruano” (artículo 2). A su vez merece destacarse el artículo 6 inciso f) de la norma, donde se establece que el Estado en su conjunto deben: “Garantizar el derecho a un trabajo productivo, ejercido en

La particularidad de nuestra legislación es que el despido por embarazo merece una mención expresa por su particularidad dentro del despido discriminatorio por razón del sexo.

condiciones de libertad, equidad, seguridad, y dignidad humana, incorporando medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de *discriminación laboral*, entre mujeres y hombres, en el acceso al empleo, en la formación, promoción y condiciones de trabajo, y en una idéntica remuneración por trabajo de igual valor. Se incluye entre los derechos laborales la protección frente al hostigamiento sexual y la armonización de las responsabilidades familiares y laborales (la cursiva es mía)”. Esta Ley muestra la consolidación normativa de la prohibición de la discriminación en el ordenamiento nacional.

Finalmente, el Código Penal ha incluido en el artículo 323 como delito de discriminación: “El que discrimina a otra persona o grupo de personas, por su diferencia racial, étnica, religiosa o sexual, será reprimido con prestación de servicios a la comunidad de treinta a sesenta jornadas o limitación de días libres de veinte a sesenta jornadas. Si el agente es funcionario público la pena será prestación de servicios a la comunidad de sesenta ciento veinte jornadas e inhabilitación por tres años, conforme al inciso 2 del artículo 36”.

En conclusión, nuestro ordenamiento nacional recoge el principio de igualdad y no discriminación a nivel constitucional –tanto por la Constitución como por los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados–, siendo desarrollado ampliamente por la legislación. El modelo constitucional adoptado de prohibición de la discriminación es la fijación de un listado de acciones vedadas, que por su amplitud permite justificar cualquier acción discriminatoria. En el plano legal, las últimas leyes abren una tendencia

²⁰ Esta ley modifica de manera integral la anterior norma (Ley 26772), aunque excluye de su listado de causas de discriminación: la ascendencia nacional y la condición política, que si establecía la norma derogada.

al plantear la prohibición de la discriminación en términos conceptuales, es decir, colocando la actuación arbitraria -distinción, exclusión o restricción- como su elemento definidor, en vez de poner el acento en el listado de causas vedadas. En el ámbito laboral, se sanciona la discriminación que sufren los trabajadores ya sea en el acceso al empleo, durante la relación laboral (actos de hostilidad) o en la terminación de la relación laboral. En este último supuesto, la norma laboral precisa que un despido discriminatorio es nulo, es decir, no tiene efectos jurídicos, ordenándose la reinstalación del trabajador afectado y el pago de los salarios devengados. Finalmente, la legislación laboral es muy precisa con el despido discriminatorio por embarazo al reconocerlo expresamente y establecer de que si el empleador no acredita la justa causa del despido, se presume que se trata de un despido discriminatorio con su correspondiente nulidad.

3. El caso Rosa Bethzabé Gambini Vidal

El Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado en variadas ocasiones sobre el principio de igualdad y no discriminación, pero en este particular caso hace un importante desarrollo donde integra el mandato constitucional con las obligaciones que se desprenden de los instrumentos internacionales de los derechos humanos, además de un prolijo estudio sobre los derechos humanos de la mujer. Esto justifica su selección como caso paradigmático, con independencia de las críticas que se le puedan formular.

La demandante interpone una acción de amparo contra la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana (en adelante, SBLM) y el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (en adelante, MIMDES), solicitando que se deje sin efecto el despido discriminatorio del que habría sido objeto; y que en consecuencia se ordene su reposición en su puesto de trabajo, con el abono de las remuneraciones dejadas de percibir. La demandante sostiene que ha sido objeto de despido discriminatorio por razón de sexo, debido a que se encuentra embarazada; hecho éste que había comunicado a la SBLM.

El MIMDES sostiene que la demandante no ha sido despedida discriminatoriamente, sino que con fecha 30 de junio de 2004 venció el plazo de duración de su contrato de servicios no personales; razón por la cual su relación se extinguió. Agrega que la Ley N°. 24041 no es aplicable a la demandante, porque no ingresó a la carrera administrativa mediante concurso público conforme lo establece el Decreto Legislativo N°. 276.

A su vez, la SBLM señala que no conocía la situación de embarazo de la demandante.

En primera instancia, el Juzgado Civil declaró infundada las excepciones propuestas por los demandados y fundada en parte la demanda, en el extremo que se solicita la reposición, por considerar que se encuentra acreditado que la demandante fue contratada para realizar labores de naturaleza permanente por más de un año ininterrumpido, por lo que debe aplicarse el artículo 1 de la Ley N°. 24041 e infundada en el extremo que solicita el pago de las remuneraciones dejadas de percibir. En la apelación vista por la Corte Superior de Justicia, se revoca la sentencia de primera instancia declarando fundada la excepción de caducidad e improcedente la demanda, porque estima que la trabajadora interpuso la demanda fuera del plazo establecido por el artículo 44 del Código Procesal Constitucional.

“No todo trato desigual
constituye una discriminación
constitucionalmente
prohibida, sino sólo aquella
que no está razonablemente
justificada.”

Lo central de la sentencia seleccionada reside en el planteamiento del Tribunal Constitucional en abordar una serie de materias que le conduzca a determinar la existencia o no de un despido discriminatorio por razón de sexo, motivado por el embarazo y consiguiente maternidad de la demandante. Los temas que se plantea son: la igualdad de los derechos de hombres y mujeres en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la igualdad y obligación de no discriminación, la protección internacional de la mujer y sus derechos humanos, la discriminación y la igualdad en materia laboral, y la discriminación por razón de sexo: el embarazo.

En la sentencia el Tribunal sostiene que hay una cláusula general de igualdad entre hombres y mujeres dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que contiene la prohibición de discriminación en motivos concretos, que resultan siendo contrarios a la dignidad de la persona humana (párrafo 13). Luego, afirma que “la obligación de no discriminación no debe confundirse con el derecho de toda persona a ser tratada igual ante la ley, tanto en la formación de la norma como en su interpretación o aplicación” (párrafo 16).

De este modo, el Tribunal adopta el criterio de distinción conceptual entre la igualdad jurídica y la no discriminación, lo que luego le permite sostener que nuestro ordenamiento puede implementar *acciones positivas* sin trasgredir el marco normativo. Así, sostiene que: “la prohibición de discriminación como el derecho a la igualdad ante la ley pueden implicar tratos diferenciados, siempre que posean justificación objetiva y razonable, es decir, que el tratamiento desigual no conduzca a un resultado injusto, irrazonable o arbitrario. 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” (párrafo 19).

El Tribunal define el derecho a ser tratado igual ante la ley bajo las dos modalidades que se señaló en párrafos anteriores: “evitar que a una persona se le limite cualquier otro de sus derechos, por los motivos antes mencionados o por otros, de manera injustificada, mientras que el derecho a la igualdad en la aplicación o interpretación de la ley implica que un mismo órgano (jurisdiccional o administrativo) no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, a menos que considere que debe apartarse de sus precedentes, para lo cual debe ofrecer una fundamentación suficiente y razonable que lo justifique” (párrafo 16).

Respecto a la protección internacional de la mujer y sus derechos humanos, el Tribunal analiza la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, señalando que ésta incluye la diferencia de trato (distinción, exclusión o restricción) por motivo de sexo bajo los siguientes criterios: “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 son titulares” (párrafo 25). Hay que destacar en este párrafo que el Tribunal Constitucional reconoce la segunda acepción de la prohibición de discriminación, es decir, que la discriminación no sólo se produce cuando un acto se identifica con el listado de causas vedadas, sino también cuando exista una diferencia de trato con independencia de la intención del sujeto discriminador.

Luego la sentencia constitucional aborda la discriminación en materia laboral, señalando que

“se produce cada vez que se escoge o rechaza a un trabajador por razón de su origen, sexo, raza, color, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma o de cualquier otra índole. En buena cuenta, la discriminación en el entorno laboral supone dispensar un trato distinto a las personas atendiendo a ciertas características, como pueden ser la raza, el color o el sexo, lo cual entraña un menoscabo de derecho a la igualdad de oportunidades y de trato y a la libertad de trabajo, debido a que la libertad del ser humano para elegir y desarrollar sus aspiraciones profesionales y personales se ve restringida” (párrafo 37)²¹.

En mi opinión, aquí el Tribunal no armoniza lo establecido en la discriminación contra la mujer y la discriminación en materia laboral, como si las particularidades del mundo del trabajo conducen a conservar la noción de discriminación bajo los paradigmas del listado de causas vedadas (primer planteamiento). También sería erróneo interpretar que sólo las mujeres trabajadoras pueden sufrir una discriminación laboral por una diferencia de trato con independencia de la intencionalidad de su empleador trasgresor, mientras que sus colegas varones se ven restringidos al primer planteamiento del concepto de discriminación.

Lo que puede explicar esta postura del Tribunal Constitucional sobre la discriminación en materia laboral es que se apoya en el Convenio N^o, 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) de la OIT ratificado por el Perú. En el artículo 1 literal a) del Convenio que define la discriminación como: “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”. El Convenio de la OIT se inclina por la noción en términos causales de la discriminación, aunque como atenuante hay que tener presente que fue elaborado en 1958.

El Tribunal Constitucional reconoce que la

21 Este criterio sobre la noción de discriminación laboral lo repite en los siguientes términos: “La discriminación laboral consiste en dispensar a las personas un trato diferente y menos favorable debido a determinados criterios, como el sexo, el color de su piel, la religión, las ideas políticas o el origen social, entre otros motivos, sin tomar en consideración los méritos ni las calificaciones necesarias para el puesto de trabajo que se trate. De este modo, la discriminación vulnera la libertad de las personas para conseguir la clase de trabajo a la que aspiran (libertad de trabajo) y menoscaba las oportunidades de los hombres y las mujeres para desarrollar su potencial y sus aptitudes y cualidades, a efectos de ser remunerados en función de sus méritos” (párrafo 41).

discriminación laboral puede materializarse de manera directa e indirecta. En el primer caso, se produce “cuando las normas jurídicas, las políticas y los actos del empleador, excluyen, desfavorecen o dan preferencia explícitamente a ciertos trabajadores atendiendo a características como la opinión política, el estado civil, el sexo, la nacionalidad, el color de la piel o la orientación sexual, entre otros motivos, sin tomar en cuenta sus cualificaciones y experiencia laboral” (párrafo 44). En el segundo caso, se produce “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, pues la aplicación de una misma condición, un mismo trato o una misma exigencia no se les exige a todos por igual” (párrafo 45).

Este reconocimiento de las dos modalidades de discriminación lo traslada a la discriminación laboral por razón de sexo. Así sostiene que la discriminación directa por sexo significa prohibir toda norma, política o acto del empleador que dispense un trato diferente y perjudicial en función de la pertenencia a uno u otro sexo; y la discriminación indirecta por sexo significa prohibir aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros, pero de los cuales se derivan consecuencias desiguales y perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tienen sobre los miembros de uno u otro sexo.

Bajo esta argumentación, el despido por embarazo lo ubica en una discriminación directa por razón de sexo. Esto se explica en razón que esta causal discriminadora cubre tanto “la pura y simple constatación del sexo de la víctima” como “aquellos que se basen en circunstancias que tengan una directa conexión con el sexo” (párrafo 49). En este último supuesto se ubica el embarazo. Se trata de una discriminación directa porque es un acto del empleador que dispensa un trato diferente y perjudicial a la trabajadora embarazada. A su vez, extiende correctamente su interpretación de la discriminación directa por razón de sexo a situaciones como la negativa a contratar una mujer embarazada, o cuando una trabajadora percibe una remuneración inferior al de un trabajador por un mismo trabajo. Por supuesto, éstos no son los únicos supuestos que pueden surgir en una discriminación laboral por razón de sexo.

El Tribunal concluye que la mujer está protegida

contra un despido discriminatorio durante el período de embarazo, prescribiendo la norma nacional que el despido se considera nulo (párrafo 55).

Contando con este análisis teórico, el Tribunal Constitucional aborda el recurso de amparo presentado por Rosa Gambini contra la sentencia de la Corte Superior de Lima, centrándose en los aspectos procesales y probatorios.

En primer lugar, apoyándose en el principio de la primacía de la realidad²², que si bien la demandante suscribió contratos de servicios no personales con la SBLM, sin estar subordinada y por un plazo de tiempo determinado, sin embargo el Memorándum de la SBLM acredita que la trabajadora recibía órdenes. “Por lo tanto, habiéndose determinado que la demandante —al margen de lo consignado en el texto de los contratos de servicios no personales suscritos— ha desempeñado labores en forma subordinada y permanente, debe aplicarse a su caso el principio de la primacía de la realidad, en virtud del cual queda establecido que entre las partes ha habido una relación de naturaleza laboral y no civil; por lo que la SBLM, al haber despedido a la demandante sin haberle expresado la existencia de una causa justa relacionada con su capacidad o conducta laboral que justifique dicha decisión, ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo” (párrafo 59).

En segundo lugar, la terminación de la relación de trabajo se produce cuando la trabajadora se encontraba en el período de embarazo y que dicha situación le fue debidamente comunicada a la SBLM por medio de una comunicación escrita. A pesar de esta situación, resalta el Tribunal, la SBLM “decidió despedirla bajo el argumento de que el plazo de su contrato había vencido” (párrafo 60).

Al haberse acreditado la vulneración del derecho constitucional al trabajo, el Tribunal Constitucional resuelve declarar fundada la demanda de amparo.

La importancia de la presente sentencia constitucional

²² Este principio laboral es descrito por el profesor Neves del siguiente modo: «Ante cualquier situación en que se produzca una discordancia entre lo que los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede, el derecho prefiere esto sobre aquello. Un clásico aforismo del Derecho civil enuncia que las cosas son lo que determina su naturaleza y no su denominación. Sobre esta base, el Derecho del trabajo ha construido el llamado principio de la primacía de la realidad. En términos similares está formulado por nuestro ordenamiento: “En caso de discordancia entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados” (numeral 2 del artículo 2 de la Ley General de Inspección del Trabajo)», en Neves, Op. Cit., p. 42.

supera la particularidad del caso, porque el Tribunal se aboca a examinar el principio de igualdad y no discriminación, especialmente desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para tratar de ubicar el despido discriminatorio por razón de embarazo en ese escenario jurídico.

4. La comunicación del embarazo al empleador como requisito esencial en la protección contra el despido discriminatorio

La formalidad exigida por la legislación laboral (artículo 29 inciso e de la LPCL) consiste en que la trabajadora debe notificar documentalmente al empleador sobre su embarazo en forma previa al despido. En el *caso Gambini* esto se resuelve favorablemente porque la demandante la realizó oportunamente, conforme lo resalta el Tribunal Constitucional. Sin embargo, merece analizarse el contenido de la exigencia formal dispuesta por la Ley, por ello analizamos la sentencia de la Corte Suprema sobre el recurso de casación del 15 de diciembre de 2005, ventilado en el Expediente N°. 275-2005 Arequipa porque resulta vinculante sobre esta materia.

En el original artículo 65 inciso e) de la Ley de Fomento al Empleo (Decreto Legislativo N°. 728) sólo se estableció que: “Es nulo el despido que tenga por motivo: e) El embarazo si el despido se produce dentro de los 90 días anteriores o posteriores al parto”. De allí que la protección del despido nulo por embarazo se reducía a ese período pre y post natal. La defensa de la trabajadora embarazada fuera de ese plazo legal era apelar al inciso d), donde se establece la discriminación por razón de sexo.

Esta situación varió con la reforma de la Ley N°. 27185 -diciembre de 1999- donde se introduce la actual redacción vigente.

Una sentencia previa que merece señalarse fue emitida por la Primera Sala Laboral de 30 de septiembre de 2002 en el expediente N°. 2470-2002-S, donde declara que los indicios relacionados con el embarazo pueden ser suficientes para evidenciar un despido discriminatorio. En ese caso se trata de una comunicación por correo electrónico donde la demandante pone en conocimiento de su estado de gestación a la empresa prestadora de salud que tiene contratada su empleadora y la concesión de un préstamo a la trabajadora demandante por su empleador, con garantía de su salario, préstamo que se concede a la trabajadora con sólo 4 meses de labores. Estos indicios le resultan suficientes a la Sala Laboral para tener la convicción de que se ha producido un despido por razón del embarazo de

la trabajadora.

La casación ante la Primera Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República es presentada por Vicky Marleni Llahuilla Cuno contra la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Superior de Arequipa, que revoca

“Al haber despedido a la demandante sin haberle expresado la existencia de una causa justa relacionada con su capacidad o conducta laboral que justifique dicha decisión, se ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo.”

la sentencia apelada que declara fundada en parte su demanda.

Sostiene la demandante que la Sala Laboral se equivoca en utilizar en términos formalistas la exigencia de comunicación escrita al empleador sobre su estado de gestación establecida por el artículo 29 inciso e) de la LPCL, en razón que era evidente su embarazo, más aún si atendía su embarazo en su propio centro de labores -el Comité Local de Administración de Salud- y donde se encuentra registrada su historia clínica con conocimiento de su jefe inmediato (Gerente de la entidad demandada).

La Corte Suprema en su sentencia resalta la protección preferente establecida a favor de la madre trabajadora en el artículo 23 de la Constitución y que la nulidad del despido por embarazo de la LPCL cumple esa finalidad. Por ello, la Corte interpreta “que cuando en el último párrafo de la norma materia de casación se dispone como exigencia la notificación documental del embarazo al empleador (previa al despido) para oponerla como causal de nulidad de despido, lo que se buscó fue evitar despidos arbitrarios a mujeres gestantes que no traslucen su real situación especial, de allí que se requiera en este caso como requisito *sine qua non* la comunicación documental al empleador, pues de lo contrario no sería posible presumir que el despido efectuado se encontró motivado en razones discriminatorias contra la gestante. Distinta es la situación cuando el estado de gestación es evidente por el desarrollo del feto, resultando razonable

entender que la madre trabajadora se encuentra igualmente protegida frente a despidos, en atención al precepto constitucional señalado en el considerando anterior; consecuentemente de producirse el despido a una madre en evidente estado de gestación, se debe entender que tal despido tiene como fundamento la discriminación por embarazo” (fundamento jurídico noveno). Por ello, se declara fundado el recurso de casación y en consecuencia casaron la sentencia de la Corte Superior de Arequipa.

De este modo, la Corte Suprema elabora una interpretación ajustada a ley que coloca como finalidad de la norma proteger a la trabajadora embarazada, en vez de interpretarlo como un requisito esencial para obtener la presunción del despido nulo. Así, la exigencia de notificación documental del embarazo al empleador dispuesta por la LPCP debe interpretarse durante el período de gestación que no resulte evidente su estado.

Finalmente, la propia Corte Suprema declara que esta sentencia es precedente de carácter obligatoria en el modo y forma previsto en la Ley, con lo que resulta vinculante para el organismo judicial peruano.

5. La prohibición de discriminación y las normas imperativas (*jus cogens*) del Derecho Internacional general

Un tema que merece destacarse del presente caso proviene de uno de los pronunciamientos que contiene la sentencia constitucional del *Caso Gambini*. En su párrafo 14, el Tribunal Constitucional afirma lo siguiente: “que la igualdad de los hombres y de las mujeres, así como la prohibición de discriminación contra la mujer, son *normas imperativas* del Derecho Internacional (*Jus Cogens*) que no admiten disposición en contrario, de acuerdo con el artículo 53 de la Convención de Viena de los Derechos de los Tratados”. Nuestro Tribunal Constitucional llega a esta afirmación apoyándose en la jurisprudencia internacional y los pronunciamientos de los órganos de control internacional en materia de derechos humanos.

Como sabemos, las normas imperativas o de *jus cogens* del Derecho Internacional general son aquellas regulaciones aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto, que siendo inderogables establecen la nulidad de las normas internacionales o las acciones unilaterales de los Estados que están en contradicción con ellas²³.

²³ Las normas imperativas del Derecho Internacional general se encuentran recogidas en los artículos 53 y 64 de la Convenciones de Viena (1969 y 1986).

Bajo la actual etapa del Derecho Internacional general no todos los derechos humanos laborales están recogidos por normas imperativas, en razón que tanto la jurisprudencia internacional como la práctica de los Estados han precisado que sólo un segmento de ellos puede ser ubicado en este ámbito. Siguiendo este criterio, sólo la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, así como la prohibición de la discriminación en el ámbito laboral constituyen los dos derechos humanos laborales del *jus cogens laboral*²⁴. Esto no debe interpretarse que otros derechos laborales estén impedidos posteriormente a integrarse bajo esta figura normativa por medio de la práctica internacional²⁵.

En el caso de la prohibición de la discriminación, la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ) lo señala como una de las obligaciones *erga omnes*, pero refiriéndose específicamente a la prohibición de la discriminación racial²⁶. Lo que fundamenta la prohibición de la discriminación es asegurar que las personas no sufran ningún tipo de humillación en su dignidad humana motivadas por diferencias o distingos peyorativos. Sin duda, la discriminación racial ha sido la modalidad que más se ha presentado en la civilización hasta extremos como el *apartheid*. Por eso, no es extraño que la CIJ se haya pronunciado precisamente sobre ella. Pero no debemos interpretar que las demás modalidades discriminatorias son excluidas del ámbito de las normas imperativas.

El pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respalda esta interpretación, al establecer el tribunal regional que la prohibición de la discriminación en sus diferentes modalidades es recogida por las normas de *jus cogens* del Derecho Internacional general. Así, señala que «no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición»²⁷. Hay que resaltar también para nuestra nota de enseñanza

²⁴ Véase un análisis más detallado en *La protección internacional de los derechos humanos laborales* de Miguel F. Canessa Montejo. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2008, p. 517 y ss.

²⁵ Actualmente se vienen produciendo pronunciamientos de órganos de control internacional que ubican a la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio dentro del *jus cogens*.

²⁶ Véase los párrafos 33 y 34 de la sentencia del *Caso Barcelona Traction* (Bélgica vs. España) de la Corte Internacional de Justicia (5 de febrero de 1970).

²⁷ Véase el párrafo 101 de la *Opinión Consultiva (OC-18/03) sobre la “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (17 de septiembre de 2003).

que la Corte Interamericana utiliza el término discriminación por motivo de género en vez de sexo.

Apoyándome en el pronunciamiento de la CIJ y de la Corte Interamericana se puede afirmar que la prohibición de la discriminación en sus diferentes modalidades se encuentra recogida en una norma imperativa del Derecho Internacional general.

Hay que tener presente en no confundir las normas imperativas del Derecho Internacional general con las normas imperativas de los ordenamientos nacionales, aunque ambas tengan como raíz común en el Derecho romano y compartan la indisponibilidad de su regulación.

En efecto, el *jus cogens* del Derecho Internacional se constituye sobre la aceptación y el reconocimiento de la práctica de la comunidad internacional, mientras las normas imperativas nacionales vienen establecidas por su propio ordenamiento. Esto explica porque determinados derechos puedan ubicarse dentro de las normas imperativas de los ordenamientos nacionales y, sin embargo, la práctica de la comunidad internacional no los haya considerado dentro del *jus cogens* del Derecho Internacional general. Con mayor razón no podemos implementar una lectura que traslade mecánicamente el listado de derechos laborales establecidos en normas imperativas de los ordenamientos nacionales hacia el *jus cogens* del Derecho Internacional general porque lo desnaturalizaría.

La importancia jurídica del *jus cogens laboral* consiste en que su respeto es obligatorio para los Estados tanto en el plano internacional como en su ordenamiento interno. Esto significa que cualquier norma convencional o consuetudinaria internacional y cualquier acto unilateral del Estado (una ley, una sentencia, una norma administrativa, etc.) que esté en oposición al *jus cogens laboral* es nulo y carente de valor jurídico, configurándose la violación de una obligación internacional y la responsabilidad del Estado por un hecho internacionalmente ilícito.

Bibliografía

ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, trad. de Ernesto Gastón Valdés, 1993,

ARCE ORTIZ, Elmer: *Derecho Individual del Trabajo en el Perú*. Lima, Palestra, 2008.

BAYLOS, Antonio y PÉREZ REY, Joaquín: *El despido o la violencia del poder privado*. Madrid, Editorial Trotta, 2009

BOZA PRO, Guillermo: *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos: *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1ª. Reimpresión, 2009.

CANESSA MONTEJO, Miguel F.: *Los convenios de la OIT y la nueva constitución peruana* En: Asesoría Laboral. Lima, Estudio Caballero Bustamante, Año IV, N° 37, Enero 1994.

CANESSA MONTEJO, Miguel F.: *Los derechos laborales: la protección de la libertad en el mundo del trabajo*. En: Asesoría Laboral. Lima, Estudio Caballero Bustamante, Año XIII, N°. 155, Noviembre 2003.

CANESSA MONTEJO, Miguel F.: *La protección internacional de los derechos humanos laborales*. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2008,

DAHRENDORF, Ralph: *El nuevo liberalismo*. Madrid, Editorial Tecnos, trad. de José M. Tortotsa, 1982

ERMIDA URIARTE, Oscar: *Protección, igualdad, dignidad libertad y no discriminación*. En: Revista Derecho Laboral. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, Tomo LIV, N° 241, 2011.

NEVES MUJICA, Javier: *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1ª. Reimpresión, 2009.

Organización Internacional del Trabajo (OIT): *Protección contra el despido injustificado*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1995.

Organización Internacional del Trabajo (OIT): *Igualdad en el empleo y la ocupación*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1996.

PEDRAJAS MORENO, Abdón: *Despido y derechos fundamentales*. Madrid, Editorial Trotta, 1992.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución.* Madrid, Editorial Tecnos, 6ª. Edición, 1999.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: *Derecho Constitucional del Trabajo. Relaciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Lima, Gaceta Jurídica, 2007.

Sobre el autor

MIGUEL F. CANESSA MONTEJO

Abogado y Sociólogo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid: Profesor de las Maestrías de Derechos Humanos y de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Consultor internacional.