

Los principios de igualdad de oportunidades, de igualdad de trato y de no discriminación, en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo

Martín Carrillo Calle

Profesor de la Maestría de Relaciones Laborales
Pontificia Universidad Católica del Perú

I. MARCO DE REFERENCIA

Consideramos pertinente que la discusión de toda iniciativa legislativa sobre los principios de igualdad de oportunidades, de igualdad de trato y de no discriminación, se haga teniendo en cuenta las obligaciones internacionales asumidas por el Perú y las particulares condiciones socioeconómicas existentes en el país.

I.1. Regulación internacional

Como se sabe, la Cuarta Disposición Final de la Constitución vigente, dispone que los artículos del texto constitucional que regulan derechos fundamentales laborales deben ser interpretados de acuerdo a lo dispuesto por los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú, que de esta manera se convierten en importantes e imprescindibles referentes normativos para impedir cualquier lectura restrictiva o reductora de las cláusulas constitucionales. En mérito a tal mandato, los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país y que van a operar como referentes y garantes del respeto al contenido esencial de las disposiciones constitucionales que tratan sobre la igualdad de oportunidades, la igualdad de trato y la no discriminación por razón de género, son: la Carta de las Naciones Unidas (1945)¹; la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)²; la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (1952)³;

¹ Aprobada mediante la Resolución Legislativa N° 10255 del 15.10.1945.

² Aprobada mediante la Resolución Legislativa N° 13282 del 16.12.1959.

³ Aprobada y ratificada mediante el Decreto Ley N° 21177 del 10.06.1975.

el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)⁴; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)⁵; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979)⁶; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1999)⁷; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)⁸; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988)⁹; la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer (1994)¹⁰; el Convenio OIT N° 100 sobre igualdad de remuneración (1951)¹¹; el Convenio OIT N° 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación (1958)¹²; el Convenio OIT N° 122 sobre la política de empleo (1964)¹³ y el Convenio OIT N° 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (1981)¹⁴. Sin duda que estos 14 instrumentos internacionales, aportan importantes conceptos para la cabal interpretación y plena vigencia de los principios bajo estudio.

El Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución, que está en trámite en el Congreso de la República, precisa que los derechos fundamentales “se interpretan de conformidad con los tratados y declaraciones internacionales, en la medida que sean más favorables a la persona humana” (II principio fundamental del Título Preliminar). Consideramos positivo que los tratados de derechos humanos mantengan su función referencial en materia de interpretación de las cláusulas constitucionales, con la pertinente precisión de que su invocación

⁴ Aprobado mediante el Decreto Ley N° 22128 del 28.03.1978.

⁵ Aprobado mediante el Decreto Ley N° 22129 del 28.03.1978.

⁶ Aprobada mediante la Resolución Legislativa N° 23432 del 05.06.1982.

⁷ Aprobado mediante la Resolución Legislativa N° 27429 del 23.02.2001.

⁸ Aprobada mediante el Decreto Ley N° 22231 del 11.07.1978.

⁹ Aprobado mediante la Resolución Legislativa N° 26448 del 28.04.1995.

¹⁰ Aprobada mediante la Resolución Legislativa N° 26583 del 22.03.1996.

¹¹ Aprobado mediante la Resolución Legislativa N° 13284 del 15.12.1959.

¹² Aprobado mediante el Decreto Ley N° 17687 del 06.06.1969.

¹³ Aprobado mediante la Resolución Legislativa N° 16588 del 17.06.1967.

¹⁴ Aprobado mediante la Resolución Legislativa N° 24508 del 28.05.1986.

sólo procede en clave *pro libertatis*, lo que garantiza la efectiva tutela de los derechos fundamentales.

En adecuada consonancia con esta posición, el Anteproyecto de Ley General de Trabajo señala que los tratados sobre derechos humanos -y en especial los Convenios de la OIT- “sirven para interpretar el significado de los derechos” consagrados en la Constitución y en la propia Ley General de Trabajo (artículos XII y XIII del Título Preliminar).

1.2. Situación social

El Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres 2000-2005¹⁵, señala en su diagnóstico situacional que “La participación de la mujer en el mercado laboral ha tenido avances significativos”, pero advierte que dicha participación “sigue caracterizada por la segregación y la desigualdad”. Precisa que “Los hombres generalmente obtienen mayores ingresos y tienden a desempeñarse en puestos de mayor jerarquía, mientras que las mujeres se ubican en puestos de trabajo de menor jerarquía con menor remuneración y mayor inestabilidad”. A lo que se agrega que “la subsistencia de determinadas circunstancias, como la mayor responsabilidad de la mujer en el cuidado de la familia y los hijos, unido a prejuicios sociales no erradicados sobre la capacidad laboral y profesional de la mujer siguen siendo condicionantes para que las mujeres continúen insertándose en trabajos de baja productividad”.

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer¹⁶, ha expresado su preocupación porque en el Perú persiste “la discriminación por motivos de género en el mercado de trabajo”, la que se expresa en un

¹⁵ El Plan Nacional -aprobado mediante el Decreto Supremo 001-2000-PROMUDEH, publicado en el Diario Oficial el 02.02.2000- tiene como objetivo general el “Promover y garantizar la igualdad de trato y de oportunidad para las mujeres y propiciar su participación plena en el desarrollo y en los beneficios que ello conlleva, a lo largo de su ciclo de vida”. Entre sus objetivos específicos, figura el “Favorecer el acceso y mejorar la posición de las mujeres en el mercado laboral”.

¹⁶ El Perú debe presentar periódicamente informes sobre el cumplimiento de las obligaciones asumidas como país signatario de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer. Esos informes son evaluados por el citado Comité, que expresa sus preocupaciones y presenta las recomendaciones que estime por conveniente a los respectivos gobiernos. El quinto informe presentado por el Perú en los últimos 20 años, fue examinado por el Comité en su período extraordinario de sesiones celebrado en agosto del 2002. Véase el documento que recoge las preocupaciones y observaciones del Comité en: www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedawExsess/ConcComments/ConComPer.PDF

“limitado acceso de las mujeres al empleo”, la “baja calidad” de las tareas que ellas desempeñan, la “discriminación salarial” y la “segregación vertical y horizontal”. El citado Comité ha solicitado al gobierno peruano que se superen las “condiciones precarias” a las que están sometidas las trabajadoras del sector informal y aquellas que laboran a tiempo parcial, en tanto prestan sus servicios “sin protección laboral, sin acceso a la seguridad social y sin el debido respeto a sus derechos laborales”. Para superar tal situación, ha recomendado la adopción de las medidas necesarias para “garantizar el cumplimiento” de lo dispuesto por el artículo 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer¹⁷, y la aplicación de los convenios de la OIT sobre la materia, en especial el N° 111, sobre la discriminación en el empleo y la ocupación. El Comité, además, ha exhortado al gobierno peruano a eliminar la “segregación ocupacional” a través de “la educación, la formación y la capacitación” de las trabajadoras.

Cabe destacar que la igualdad de oportunidades y la no discriminación, no sólo son materia de interesantes debates jurídicos, pues ellos también deben de servir

¹⁷ “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano; b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo; c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico; d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo; e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas; f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.

2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil; b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales; c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños; d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

3. La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda”.

para poner en evidencia una compleja e inequitativa realidad social, que reclama urgentes respuestas estatales a favor de los colectivos más afectados en el ámbito del empleo y de las condiciones de trabajo, como son las mujeres, los discapacitados, los menores de edad y los adultos mayores.

II. ANTEPROYECTO DE LEY GENERAL DE TRABAJO

El Anteproyecto de Ley General de Trabajo incluyen en su articulado diversas disposiciones¹⁸ sobre la igualdad de oportunidades, la igualdad de trato y la no discriminación, que pasamos a reseñar de manera estructurada en cinco tópicos.

II.1. Los principios de igualdad de oportunidades, de igualdad de trato y de no discriminación

El Anteproyecto de Ley General de Trabajo establece como uno de los principios del ordenamiento laboral, el de “Igualdad ante la ley, de trato y de oportunidades” (artículo XI, 5 del Título Preliminar). Además, reconoce a los trabajadores - en la relación de trabajo- la titularidad del derecho a “La igualdad de trato y de oportunidades y a la no discriminación por cualquiera de los motivos a que se refiere el artículo XI, numeral 5, del Título Preliminar” (artículo 48°, 4).

Como se sabe, el vigente texto constitucional consagra como derecho fundamental el principio general de igualdad ante la ley y una amplia tipificación de los supuestos discriminatorios que resultan vedados en el ordenamiento peruano (artículo 2°, 2), junto con el explícito reconocimiento de la vigencia del principio de igualdad de oportunidades sin discriminación en toda relación laboral (artículo 26°, 1), como parte de los derechos sociales y económicos.

El principio de igualdad, entendido como derecho fundamental, “comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de una persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, como tal deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias”. De esta forma, la igualdad se configura como el derecho de la persona “a no sufrir discriminación jurídica

¹⁸ Véase los artículos XI, 5 (Título Preliminar); 3°; 48°, 4; 49°; 102°; 132°, 2; 133°, 6; 317°, 5 y 336°.

alguna; esto es, a no ser tratada de manera dispar respecto a quienes se encuentren en una misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable de esa desemejanza de trato”¹⁹.

El Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución, por su parte, señala que toda persona tiene derecho “A la igualdad ante la ley. Está prohibida toda forma de discriminación que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona. El Estado y la sociedad promueven las condiciones y medidas positivas para que real y efectivamente nadie sea discriminado” (artículo 2°, 2). Es de responsabilidad estatal la adopción de políticas y la promoción de condiciones para el fomento de la equidad en el acceso al empleo, la capacitación y la formación profesional (artículo 28°), estableciéndose que en la relación de trabajo rigen los principios de igualdad de trato, de oportunidades y de no discriminación (artículo 30°, 4). Corresponde al Estado y la sociedad actuar concertadamente para erradicar la exclusión social (artículo 41°), siendo deber de todo peruano el luchar contra la discriminación (artículo 54°, 10)²⁰.

De esta manera, el proyecto de reforma constitucional establece la proscripción general de toda forma de discriminación; pone énfasis en el resultado peyorativo (anulación o menoscabo) que el acto discriminatorio causa en la víctima; exige que se adopten políticas públicas que apunten a erradicar la exclusión social y fomenten la equidad en el acceso al empleo, la capacitación y la formación profesional, propósito que -según el mismo proyecto indica- puede ser alcanzado mediante las medidas de “acción positiva” impulsadas por el Estado. El citado proyecto, ofrece elementos para entender que junto con el reconocimiento de una igualdad formal también se aspira a alcanzar una igualdad real, verificable facticamente en los diversos ámbitos de las relaciones sociales. Si bien ninguna persona puede ser “legalmente” discriminada, tampoco

¹⁹ Además, la igualdad opera “como un principio rector de la organización y actuación del Estado Democrático de Derecho”. En este plano, la igualdad “implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológico, que, por tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático”. Véase el Fundamento Jurídico N° 3.1. de la Sentencia del 26.03.2003 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, en la acción de amparo promovida por la Cámara Peruana de la Construcción (CAPECO) contra la sentencia de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (Expediente N° 0261-2003-AA/TC).

²⁰ Además, en el preámbulo de lo que será el nuevo texto constitucional, se declara el compromiso por “promover una sociedad justa, libre y solidaria (...) exenta de toda exclusión económica, social, étnica, sexual, cultural o de cualquier otra índole”.

puede serlo “real y efectivamente”. Consideramos conveniente que se haga un esfuerzo para lograr una redacción más directa y enfática en este extremo del texto constitucional en debate, para que no quede duda del compromiso imperativo de remover todos los obstáculos que impiden alcanzar una igualdad sustantiva en la sociedad peruana.

En los términos en que la igualdad de oportunidades sin discriminación en la relación laboral, ha sido consagrada por la Constitución vigente, podría interpretarse -aplicando la técnica literal- que éste principio sólo surte efecto en el desarrollo de una relación de trabajo, por lo que no podría ser invocado en las actividades previas a la configuración de dicha relación, como -por ejemplo- en los procesos de selección de personal. Una lectura hecha bajo estas coordenadas, llevaría a sostener que los constituyentes al adoptar el principio de igualdad de oportunidades (que opera en el acceso al trabajo), en realidad lo que deseaban era incorporar el principio de igualdad de trato (cuyo espacio de actuación es la etapa de ejecución de las obligaciones laborales) al texto constitucional. La propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos²¹, ha pedido que la fórmula constitucional que establece la igualdad de oportunidades, también sea aplicable al acceso al trabajo. El Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución supera la confusión de conceptos y le devuelve rango constitucional al principio de igualdad de trato, garantizando que el principio de no discriminación será de aplicación tanto en el acceso al empleo, en la etapa de ejecución de las obligaciones generadas por la relación laboral, como en la terminación de la misma.

El Convenio N° 111 de la OIT sobre la discriminación en el empleo y la ocupación, señala que bajo el concepto de discriminación quedan comprendidas todas sus modalidades: las discriminaciones generadas por el propio ordenamiento legal²² o las que se registran en la práctica²³, las directas y las indirectas, las que afectan a

²¹ Véase el informe del año 2000 sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú.

²² “La adopción de disposiciones generales por las que se establezcan distinciones fundadas en criterios prohibidos constituye una discriminación en el derecho”. Igualdad en el empleo y la ocupación: Estudio General de las memorias sobre el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) 1958 (núm. 111) y la Recomendación sobre la discriminación (empleo y ocupación) 1958 (núm. 111). Conferencia Internacional del Trabajo, 82ava. Reunión (1996). Párrafo 25.

²³ “El comportamiento regular de una autoridad pública o una persona privada que trate de manera desigual a individuos o a miembros de un grupo basándose en algún criterio prohibido que podría gozar de los mismos derechos u obtener las mismas ventajas constituye una discriminación en la práctica”. Igualdad en el empleo y la ocupación: Estudio General ... Ob cit. Párrafo 25.

los trabajadores nacionales como a los extranjeros, a los que laboran para el sector público como quienes lo hacen en la actividad privada. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, identifica tres elementos en la definición de la discriminación que asume el Convenio N° 111: a) “un elemento de hecho (la existencia de una distinción, exclusión o preferencia originadas en un acto o en una omisión) que constituye la diferencia de trato”; b) “un motivo determinante de la diferencia de trato”, y c) “el resultado objetivo de tal diferencia de trato (o sea la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato)”²⁴. Téngase presente que el Convenio N° 111 no exige que el autor del acto discriminatorio tenga la “intención” de perjudicar al trabajador afectado, ya que incluso la acción vedada puede ocurrir “sin la necesidad de que haya un autor identificable”²⁵.

El principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres²⁶ no ha sido recogido por el Proyecto de Ley de Reforma Constitucional, por lo que resulta pertinente recordar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁷, señaló que al no haberse incluido en el texto constitucional de 1993 el derecho de las mujeres y de los hombres a igual remuneración por igual trabajo, el Perú desconoció lo dispuesto por la OIT en el Convenio N° 100 y en la Recomendación N° 90. Consideramos conveniente que en el actual proceso de reforma, se debata la reincorporación de este principio al texto constitucional, o en su defecto, sea recogido por la próxima Ley General de Trabajo.

El Anteproyecto de Ley General de Trabajo también proscribe la discriminación “por razón de sexo, raza, origen, religión, opinión, idioma, estado civil, responsabilidades familiares, edad, discapacidad, ser portador del VIH/SIDA, condición económica o de cualquier otra índole” (artículo XI, 5 del Título Preliminar).

²⁴ Igualdad en el empleo y la ocupación: Estudio General ... Ob cit. Párrafo 23.

²⁵ Thomas, C. y Horii, Y.: Igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación. En: Javillier, J.C. (Director): Las Normas Internacionales del Trabajo. Un enfoque global. 75.º aniversario de la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones. Oficina Internacional del Trabajo. 2002. Pag. 88.

²⁶ La Constitución de 1993 eliminó la regla recogida por el texto constitucional de 1979, por la cual “El trabajador, varón o mujer, tiene derecho a igual remuneración por igual trabajo prestado en idénticas condiciones al mismo empleador” (artículo 43º).

²⁷ Véase el informe del año 2000 sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú.

Por su parte, la Constitución de 1993 establece que “Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole” (artículo 2º, 2)²⁸.

Como se ha visto, el Anteproyecto de Ley General de Trabajo prefiere hacer un listado enunciativo abierto, para identificar las razones que invalidan un mandato o una decisión por sus consecuencias discriminatorias en el ámbito laboral. La técnica legislativa adoptada por el Anteproyecto no coincide con la que se asume en el Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución, que proscribe toda forma de discriminación, sin explicitar ningún supuesto. Para evitar que se presenten divergencias en la interpretación del mismo principio, sería conveniente que se unifique la técnica legislativa asumiendo la del listado enunciativo abierto, al que se podría sumar para reforzar la protección antidiscriminatoria, supuestos como el color, la ascendencia nacional, la nacionalidad, la afiliación sindical, el estado de salud, la invalidez y las opciones sexuales²⁹.

El Anteproyecto de Ley General de Trabajo proscribe la discriminación directa como la indirecta (artículo XI, 5 del Título Preliminar). Cabe precisar que las modalidades de discriminación indirecta están “relacionadas con situaciones, reglamentaciones o prácticas aparentemente neutras pero que, en realidad, crean desigualdades con respecto a personas que tienen determinadas características”. Situaciones de esta naturaleza “surgen cuando idénticas condiciones, tratamientos o

²⁸ Mediante la Ley 27270 -publicada en el Diario Oficial el 29.05.2000- se tipifica el delito de discriminación y se le incorpora al Código Penal bajo la siguiente fórmula: “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 30 a 60 jornadas o limitación de días libres de 20 a 60 jornadas (artículo 323º). Adviértase que queda fuera de la tipificación penal, toda discriminación sustentada en el origen, el idioma, la opinión o la condición económica, pese a que todos estos motivos han sido expresamente proscritos por la Constitución de 1993.

²⁹ El Convenio N° 111 de la OIT sobre la discriminación en el empleo y la ocupación, señala que bajo el concepto de discriminación queda comprendida “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”, los que “incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo”. Téngase presente que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, ha propuesto a la Conferencia Internacional del Trabajo que sancione un protocolo adicional al Convenio N° 111, en el que se proscriba como basamento de una decisión en materia de empleo y ocupación, “todos o algunos de los siguientes criterios (citados por orden alfabético): afiliación sindical, condición matrimonial, edad, estado de salud, idioma, inclinaciones sexuales, invalidez, nacionalidad, posición económica y responsabilidades familiares”. Igualdad en el empleo y la ocupación: Estudio General... Ob. Cit. Párrafo 297.

criterios se aplican a todos pero sus consecuencias resultan tener un impacto sumamente desfavorable en algunos por motivos basados en su raza, color, sexo o religión, y no resultan tener un vínculo directamente relacionado con los requerimientos del empleo”³⁰.

II.2. Acciones positivas

El Anteproyecto de Ley General de Trabajo establece que “las acciones positivas adoptadas por el Estado destinadas a lograr una igualdad efectiva entre diversas colectividades que tengan notorias desigualdades materiales”, no pueden ser considerados como actos de discriminación (artículo XI, 5 del Título Preliminar).

El Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución habilita al Estado para que proceda a implementar medidas de “acción positiva”, en tanto éstas resultan instrumentos propicios para fomentar la igualdad real, además de precisar que “La ley puede establecer preferencias a favor de los trabajadores nacionales” (artículo 30°, 4). Consideramos conveniente que el nuevo texto constitucional habilite otros supuestos de preferencia al margen de la nacionalidad, para que no se entienda que las medidas de “acción positiva” que el Estado puede impulsar a favor de un determinado colectivo -ya sea en el ámbito legislativo, administrativo o judicial-, se reducen a la promoción del trabajador nacional frente al extranjero. Así por ejemplo, la habilitación constitucional para que una ley pueda reconocer a la mujer derechos no menores que al hombre³¹, operaría como una cláusula de soporte para que se adopten políticas públicas con medidas de “acción positiva” a favor de las mujeres, focalizadas en el empleo y las condiciones de trabajo.

Tanto el Convenio 111 como la Recomendación 111 de la OIT, consideran que las medidas de “acción positiva” constituyen importantes piezas de toda política

³⁰ Para la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, la discriminación indirecta se da cuando -por ejemplo- se establecen “ciertos requisitos o condiciones físicas que, aparentemente, se imponen por igual a ambos sexos, pero que provocan una discriminación de hecho. Esto ocurre muchas veces (...) cuando se imponen condiciones de altura o de peso en forma indiferenciada para hombres y mujeres”. Igualdad en el empleo y la ocupación: Estudio General Ob. cit. Véase los párrafos 25 y 38.

³¹ La Constitución de 1993 eliminó la regla recogida por el texto constitucional de 1979, por la cual “El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón” (artículo 2°, 2). Este precepto no ha sido recogido por el Proyecto de Ley de Reforma Constitucional.

pública en pro de la igualdad de oportunidades³². Cabe destacar que el Convenio N° 111 precisa que “Las medidas especiales de protección de asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo no se considerarán como discriminatorias” (artículo 5°, 1), Igual señalamiento hace la Recomendación N° 111, cuando establece que: “La aplicación de la política de no discriminación no debería menoscabar las medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial” (artículo 6°)³³.

Las medidas de “acción positiva” tienen como finalidad la promoción de “la igualdad de oportunidades de determinados grupos sociales claramente definidos que son objeto de prácticas discriminatorias caracterizadas”. Tales medidas son de aplicación temporal, pues han de regir “durante todo el tiempo que los grupos sociales beneficiarios no estén en condiciones de ejercer en la práctica sus derechos a la igualdad” y además se caracterizan por ser “multiformes”³⁴. Corresponde al legislador fijar los criterios generales para determinar la temporalidad y la causalidad de las medidas de “acción positiva”, el nivel de la estructura del Estado en las que éstas deberán diseñarse, la identificación del ente o entes responsables de dicha

³² Téngase presente que desde 1975, la Conferencia Internacional del Trabajo viene alentando a los gobiernos a adoptar medidas para favorecer el acceso de las mujeres a los puestos de mayor importancia tanto en el sector público como en el privado, así como medidas para equiparar la remuneración de las mujeres con las que perciben los hombres que desempeñan trabajos de igual valor. Véase la Declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras, aprobada el citado año.

³³ Para la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, “Estas medidas especiales tienden a garantizar en los hechos una igualdad de oportunidades y de trato que tenga en cuenta la diversidad de situaciones en que se encuentran determinadas personas, para que dejen así de ser discriminadas. Estos tratos preferentes tienen la finalidad de restablecer el equilibrio y forman o deberían formar parte de las medidas destinadas a suprimir las desigualdades”. Igualdad en el empleo y la ocupación: Estudio General ... Ob. cit. Párrafo 135.

³⁴ Si bien las medidas de acción positiva “han resultado muchas veces de gran utilidad durante las primeras etapas de la eliminación de la discriminación y para lograr el objetivo de igualdad completa”, en la actualidad la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, alienta a ensayar nuevas modalidades en las que corresponde al gobierno actuar “como catalizador para los empleadores del sector privado” a los que debe de alentar “a adoptar voluntariamente medidas tendientes a mejorar la posición de las mujeres y de las minorías”. Igualdad en el empleo y la ocupación: Estudio General ... Ob. cit. Párrafos 287 y 289.

función, así como las instancias estatales llamadas a intervenir en la puesta en práctica de las respectivas políticas públicas³⁵.

Nuestro Tribunal Constitucional ha sostenido con meridiana claridad que el derecho a la igualdad “no significa que siempre y en todos los casos se debe realizar un trato uniforme. El derecho a la igualdad supone tratar “igual a los que son iguales” y “desigual a los que son desiguales”, partiendo de la premisa de que es posible constatar que en los hechos no son pocas las ocasiones en que un determinado grupo de individuos se encuentra postergado en el acceso, en igualdad de condiciones, a las mismas oportunidades. La primera condición para que un trato desigual sea constitutivo de una diferenciación admisible, es la desigualdad de los supuestos de hecho. Es decir, implica la existencia de sucesos espacial y temporalmente localizados que poseen rasgos específicos e intransferibles que hacen que una relación jurídica sea de un determinado tipo y no de otro. Asimismo, la existencia de una diferenciación debe perseguir una intencionalidad legítima, determinada, concreta y específica, debiendo asentarse en una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con juicios de valor generalmente aceptados. Se trata pues de un tema que, en la doctrina, se conoce con el nombre de “discriminación inversa”, esto es, un caso en el cual se debe realizar un tratamiento diferenciado precisamente para promover la igualdad. Para ello se incita a que el Estado adopte una labor legislativa positiva y diligente, ya sea para corregir las disparidades en el goce de los derechos fundamentales o para alcanzar su integral realización”³⁶.

La vigencia y necesidad de las medidas de “acción positiva” queda en evidencia en el informe del Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en el que recomienda al Estado peruano adoptar medidas especiales de carácter temporal para erradicar la pobreza entre las mujeres rurales, y para promover que

³⁵ Como se sabe, la OIT impone a los países que han ratificado el Convenio 111 -como es el caso del Perú- la obligación de formular y llevar a cabo una política nacional promotora de la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, para eliminar toda discriminación en estos ámbitos (de manera complementaria, las recomendaciones 111 y 150, detallan los aspectos que tal política debería incluir). Si bien la acción normativa es muy importante en materia de igualdad de oportunidades, resulta indispensable que ella sustente y habilite a las políticas públicas antidiscriminatorias que deben de ser diseñadas y ejecutadas desde el Poder Ejecutivo, distribuyendo competencias y funciones entre las distintas instancias gubernamentales (nacional, regional y local).

³⁶ Véase el Fundamento Jurídico N° 3.3. de la Sentencia del 26.03.2003 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, en la acción de amparo promovida por la Cámara Peruana de la Construcción (CAPECO) contra la sentencia de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (Expediente N° 0261-2003-AA/TC).

las mujeres asuman cargos de dirección, tanto en el sector público como en el privado. Por su parte, el Acuerdo Nacional³⁷, en su décima primera política de Estado, señala que la reducción y posterior erradicación de las diversas expresiones de discriminación e inequidad social que existen en el Perú, “requieren temporalmente de acciones afirmativas del Estado y de la sociedad, aplicando políticas y estableciendo mecanismos orientados a garantizar la igualdad de oportunidades económicas, sociales y políticas para toda la población”.

Es conveniente señalar que las medidas de “acción positiva” no son extrañas al ordenamiento laboral peruano, pues es posible identificar como antecedente al De-

³⁷ En el mes de julio del 2002, las principales organizaciones políticas, religiosas y otras instituciones de la sociedad civil junto con el gobierno nacional, aprobaron un conjunto de acciones orientadas a alcanzar cuatro grandes objetivos que se convirtieron así en políticas de Estado, y que configuran el llamado “Acuerdo Nacional”. Respecto a la equidad y la justicia social, se señala que la “igualdad de acceso a las oportunidades para todos los peruanos y peruanas”, constituye uno de los ejes principales de la acción del Estado, por lo que se consagra el compromiso de “Adoptar medidas orientadas a lograr la generación de oportunidades económicas, sociales, culturales y políticas, erradicando toda forma de inequidad y de discriminación, en un contexto de pleno respeto a los Derechos Humanos”. La promoción de la igualdad de oportunidades sin discriminación, configura la décima primera política de estado, que ha sido formulada de la siguiente manera: “Nos comprometemos a dar prioridad efectiva a la promoción de la igualdad de oportunidades, reconociendo que en nuestro país existen diversas expresiones de discriminación e inequidad social, en particular contra la mujer, la infancia, los adultos mayores, las personas integrantes de comunidades étnicas, los discapacitados y las personas desprovistas de sustento, entre otras”. Para alcanzar este objetivo, el Estado: a) “combatirá toda forma de discriminación, promoviendo la igualdad de oportunidades”; b) “fortalecerá una institución al más alto nivel del Estado en su rol rector de políticas y programas para la promoción de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, es decir, equidad de género”. Corresponde al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social impulsar que la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, sea un principio con presencia transversal en el diseño, aplicación y evaluación de las políticas públicas y los presupuestos de cada sector. Dentro de las medidas complementarias al Acuerdo Nacional figura la reformulación del plan de igualdad de oportunidades sin discriminación y la discusión y aprobación de una Ley de Igualdad de Oportunidades con Equidad de Género. Como metas a alcanzar en el 2012, se espera que no menos del 40% de las autoridades políticas y de funcionarios de la administración pública sean mujeres y que estén en desarrollo 25 planes regionales y 192 planes municipales de nivel provincial para el fomento de la igualdad de oportunidades sin discriminación; c) “dará acceso equitativo a las mujeres a recursos productivos y empleo”. La primera tarea es garantizar la aplicación del principio de igualdad de remuneración por trabajo de igual valor. Se prevé modificar la regulación aplicable a las trabajadoras del hogar, para garantizarles sus derechos laborales sin discriminación. También se incluye la promoción de las pequeñas y microempresas conformadas por mujeres. Otra tarea es el reconocimiento de la función social de la maternidad y de la responsabilidad familiar compartida, lo que debe de llevar a la implementación de medidas de acción afirmativa para mujeres jefas de hogar, a la implementación de servicios de cuidado diurno de niñas y niños de 0 a 5 años, a la ratificación del Convenio N° 183 de la OIT sobre protección de la maternidad y la discusión y.../

creto Supremo 001-89-SA³⁸, que otorgó un puntaje extra de bonificación a las “personas impedidas” que se presentaban a los concursos de plazas convocadas por los organismos del sector público, promoviendo así su incorporación a la carrera administrativa. Esta medida promocional diseñada para operar en el “ingreso” a la función pública, ha sido aplicada en forma extensiva para evitar la “salida” de trabajadores discapacitados de la administración estatal. El Tribunal Constitucional declaró inaplicable las respectivas resoluciones de cese de las trabajadoras discapacitadas demandantes, porque la administración pública no les reconoció la bonificación con el puntaje extra que otorga el mencionado Decreto Supremo, en el proceso de evaluación al que fueron sometidas³⁹. Esta medida ha sido luego consagrada en la Ley General de la Persona con Discapacidad⁴⁰.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁴¹, recomendó al gobierno peruano “Regular la protección de la maternidad en el campo laboral, otorgándole a la mujer trabajadora los mismos derechos que tenía antes de la derogación de la Ley N° 2851”, es decir: licencia por maternidad, indemnización especial por despido, permiso por lactancia y acceso a servicios de atención al hijo durante su primer

/... aprobación de la ley de responsabilidades familiares compartidas. Igualmente se considera como tarea pública el promover la igualdad de oportunidades para la formación profesional, la capacitación y la calificación laboral de las mujeres. A ello se asocia la adecuación de la normatividad laboral a los estándares internacionales de derechos laborales. También es de responsabilidad estatal la promoción de cambios en las representaciones sociales de hombres y mujeres y en los comportamientos discriminatorios, para lo cual se espera que se incorporen los convenios internacionales de igualdad y no discriminación como lineamientos de política, se implementen mecanismos que garanticen trabajo para las mujeres mayores de 35 años, se sancionen de manera efectiva los actos de discriminación, y se revise y modifique toda la normatividad discriminatoria contra la mujer; d) “desarrollará sistemas que permitan proteger a niños, niñas, adolescentes, adultos mayores, mujeres responsables de hogar, personas desprovistas de sustento, personas con discapacidad y otras personas discriminadas o excluidas”. Entre las tareas que el Estado debe de asumir en esta materia, figura el fomento del empleo de las personas con discapacidad con el consiguiente incremento de su nivel de ocupación, además de su protección mediante el establecimiento de un seguro especial.

³⁸ Publicado en el Diario Oficial el 17.01.1989.

³⁹ Véase las sentencias del Tribunal Constitucional del 01.09.1997 (Exp. 337-97-AA/TC. Rebeca Prado contra Consejo Transitorio de Administración Regional de Los Libertadores Wari) y 22.12.1997 (Exp. 478-97-AA/TC. Teresa Quevedo contra Ministerio de Trabajo).

⁴⁰ El artículo 36° de la Ley 27050, publicada en el Diario Oficial el 06.01.1999, establece que: “En los concursos para la contratación de personal del sector público, las personas con discapacidad tendrán una bonificación de 15 (quince) puntos en el concurso de méritos para cubrir la vacante”.

⁴¹ Véase el informe del año 2000 sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú.

año de vida. Cabe precisar que los tres primeros derechos reseñados están vigentes en los términos regulados por las leyes 26644, 27185 y 27240, respectivamente, habiéndose sí eliminado la obligación de los empleadores de proporcionar los servicios de sala cuna a sus trabajadoras, para dar de lactar a sus niños menores de un año⁴².

Para cumplir con esta recomendación, el Anteproyecto de Ley General de Trabajo podría incorporar disposiciones que -con el carácter de “acción positiva”- permitan el desarrollo y/o promoción de servicios de asistencia a la infancia, a los que puedan recurrir los trabajadores con responsabilidades familiares, en los términos definidos por la OIT en el Convenio 156 y muy especialmente en la Recomendación 165, la que señala que con el propósito de “crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, deberían adoptarse todas las medidas compatibles con las condiciones y las posibilidades nacionales para: (...) desarrollar o promover servicios de asistencia a la infancia, de asistencia familiar y otros servicios comunitarios, públicos o privados, que respondan a sus necesidades” [párrafo 9, c)]. Además, la Recomendación 165 alienta a que se tomen “todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para establecer servicios de ayuda en el hogar y de cuidado a domicilio adecuadamente reglamentados y supervisados, que puedan proporcionar a los trabajadores con responsabilidades familiares, en caso de necesidad, una asistencia calificada a un costo razonable acorde con sus posibilidades económicas” (párrafo 33)⁴³.

⁴² En todo lugar de trabajo en donde laboraban mujeres mayores de 18 años, se debía disponer de una sala cuna especialmente acondicionada en el propio local o en otro próximo, que permitiera recibir y atender en las horas de trabajo, a los hijos de las trabajadoras durante su primer año de vida. Correspondía al Poder Ejecutivo determinar el número de trabajadoras en cada centro de trabajo que obligaba al empleador a establecer dicha sala cuna (artículos 20° y 21° de la Ley 2851 -promulgada el 23.11.1918- que fue parcialmente modificada por la Ley 4239 (promulgada el 26.03.1921) y abrogada por mandato de la tercera disposición derogatoria de la Ley 26513, publicada en el Diario Oficial el 28.07.1995).

⁴³ La Recomendación 90 de la OIT promueve también la prestación de servicios sociales y de bienestar, mientras que la Recomendación 150, alienta la creación de “guarderías infantiles diurnas y otros servicios para niños de toda edad”. Por su parte, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, establece en su artículo 11°, 2, que con el “fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: (...) c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños”.

Resulta pertinente destacar que la décimo primera política de Estado del Acuerdo Nacional, asume como tarea pública el reconocimiento de la función social de la maternidad y de la responsabilidad familiar compartida, reconocimiento que debe de llevar a la implementación de servicios de cuidado diurno de niños y niñas de 0 a 5 años y a la aprobación de la ley de responsabilidades familiares compartidas. Asimismo, el Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres 2000-2005, establece como uno de sus objetivos estratégicos, la promoción del reparto equitativo de las responsabilidades familiares, lo que ha de lograrse - entre otras medias- proporcionando a las mujeres trabajadoras servicios de asistencia y atención para sus hijos.

II.3. Limitación de la discrecionalidad del empleador en materia de contratación y ascensos

El Anteproyecto de Ley General de Trabajo limita la discrecionalidad patronal al establecer que “Ningún empleador puede tratar desigualmente a trabajadores iguales⁴⁴ o a la inversa” (artículo XI, 5 del Título Preliminar). Además, prohíbe la discriminación en la contratación “por cualquiera de los motivos a que se refiere el artículo XI, numeral 5, del Título Preliminar. El empleador que discrimine a un postulante en cualquiera de las fases del proceso de acceso al empleo, está obligado a indemnizarlo, debiendo el juez especializado de trabajo fijar el monto con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, para lo cual puede tomar como referencia la remuneración anual ofrecida” (artículo 3°).

Téngase presente que la Ley 26772⁴⁵ asignó al Ministerio de Trabajo la responsabilidad de sancionar a quienes difundan una oferta de trabajo con requisitos discriminatorios, imponiendo al empleador anunciante una multa o disponiendo el cierre temporal de su local, según corresponda a la gravedad de la infracción come-

⁴⁴ En la sentencia del 07.05.1997 recaída en el Expediente 416-97-S del caso Julio Cortina Villón contra Empresa Nacional de Comercialización de Insumos S.A., los magistrados de la Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, consideraron que la demandada había incurrido en una “evidente arbitrariedad” en la asignación de aumentos salariales, pues “no ha sustentado razonablemente” el hecho probado que trabajadores de la misma categoría hayan recibido incrementos notoriamente dispares (el demandante recibió \$10 frente a los \$ 147 que recibió otro trabajador), desigualdad que los magistrados consideraron contraria al principio constitucional de igualdad de trato y no discriminación.

⁴⁵ Publicada en el Diario Oficial el 17.04.1997 y reglamentada por el Decreto Supremo 002-98-TR del 01.02.1998. Posteriormente fue modificada íntegramente por la Ley 27270 publicada en el Diario Oficial el 29.05.2000. Esta norma establece que las ofertas de empleo no pueden contener “requisitos que.../

tida. Se dispuso que la sanción administrativa se aplique sin perjuicio de la indemnización que el afectado demande ante el Poder Judicial, debiendo el juez civil que conoce la causa determinar -aplicando los principios de razonabilidad y proporcionalidad- el monto de la misma, teniendo como referente la remuneración anual ofertada. Frente a la norma vigente, cuyo contenido acabamos de reseñar, el Anteproyecto de Ley General de Trabajo asume una perspectiva protectora más amplia, pues la discriminación vedada no se reduce a la difusión de una oferta de trabajo sino a todas las fases del proceso de acceso al empleo. El Anteproyecto también dispone que sea el juez laboral el competente para conocer la demanda de indemnización que presente cualquier persona afectada, respetando así la competencia jurisdiccional en razón de la naturaleza de la materia en discusión⁴⁶.

El Anteproyecto de Ley General de Trabajo también dispone que “El derecho al ascenso, para ocupar cargos o puestos vacantes de mayor jerarquía, dentro de su categoría u otra superior, debe tener en cuenta la formación profesional, desempeño, probidad y antigüedad del trabajador, así como otros criterios objetivos que establezca el empleador según las necesidades de la empresa, los que no pueden ser discriminatorios” (artículo 102°)⁴⁷.

II.4. Actos de hostilidad y despido nulo

El Anteproyecto de Ley General de Trabajo considera que “La discriminación por la participación en actividades sindicales o políticas, así como por cualquiera de las razones enumeradas en el artículo XI, numeral 5, del Título Preliminar”, es

/... constituyan discriminación, anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato”, entendiéndose por discriminación a “la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato, en los requerimientos de personal (...) que impliquen un trato diferenciado basado en motivos de raza, sexo, religión, opinión, origen social, condición económica, estado civil, edad o de cualquier otra índole”.

⁴⁶ Cabe señalar que para que este cambio legislativo surta pleno efecto, debe de modificarse el artículo 8° de la Ley Procesal de Trabajo, que sólo reconoce capacidad para ser parte material en un proceso laboral, a toda persona natural o jurídica que tenga o haya tenido la condición de trabajador, status obviamente no alcanzado por el postulante discriminado.

⁴⁷ En la sentencia del 13.02.1997 recaída en el Expediente 5086-96-ID (S), la Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, resolvió que si bien “el ascenso de un trabajador es una facultad exclusiva del empleador derivada del poder de dirección”, éste no puede “actuar discrecionalmente respecto de ningún trabajador” en los procesos de promoción que convoque. En el caso de autos, el empleador demandado no permitió que dos trabajadores intervengan en un concurso de ascenso pese a cumplir con los requisitos exigidos, por lo que los magistrados dispusieron se proceda a convocar un nuevo “proceso de calificación de ascenso de trabajadores”, al considerar que el efectuado había resultado viciado por la discriminación en que se había incurrido.

un acto de hostilidad del empleador (artículo 133°, 6). Cabe señalar que esta fórmula es más amplia que la norma vigente, que sólo incluye como supuestos de hostilidad la discriminación por sexo, raza, religión, opinión e idioma.

Así mismo, el Anteproyecto califica de nulo el despido que tenga por motivo “La discriminación, por cualquiera de las razones enumeradas en el Artículo XI, numeral 5, del Título Preliminar” (artículo 132°, 2). El trabajador afectado debe impugnar judicialmente el despido y probar en el juicio que su empleador sustentó la decisión de dar por terminada la relación laboral, en una de las razones proscritas por la misma norma⁴⁸.

Es de lamentar que el Anteproyecto no haya trasladado la carga de la prueba al empleador, por la vía de establecer una presunción legal de ilicitud del despido. Al respecto, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, ha señalado que hacer recaer en el trabajador perjudicado la carga de la prueba, “puede suponer un obstáculo significativo para la obtención de un resultado justo y equitativo en el caso de una demanda por discriminación”. La citada Comisión “toma nota con interés” de lo dispuesto en el ordenamiento legal de algunos países, en el sentido que “una vez que las pruebas prima facie y elementales de discriminación son aportadas por el demandante, la carga de la prueba recae en el empleador” como “autor presunto” de la discriminación. Su identificación con este mecanismo procesal, la ha llevado a proponer que se fije como regla “que, en los casos de discriminación, cuando la queja cuente con pruebas plausibles o aparentes, se ponga en la persona contra la que se alega la discriminación la carga de probar que el trato desventajoso no se funda en ninguno de los criterios prohibidos” por los convenios de la OIT⁴⁹. Alentamos a que se incorpore dicha regla al ordenamiento laboral peruano.

II.5. Libertad sindical y autonomía colectiva

El Anteproyecto de Ley General de Trabajo regula la protección frente a la discriminación en caso de afiliación o activismo sindical, al establecer que: “Son

⁴⁸ El Pleno Jurisdiccional Laboral de 1997, acordó por unanimidad declarar que “En los procesos en que se ventile la nulidad del despido, si bien el Juez no puede utilizar las presunciones, deberá apreciar, evaluar y determinar el mérito de los indicios que se aporten con los medios probatorios, para poder determinar objetivamente la causa real que motivó el despido”.

⁴⁹ Esta regla debería ser consagrada por el futuro protocolo adicional complementario del Convenio N° 111. Igualdad en el empleo y la ocupación: Estudio General ... Ob cit. Párrafos 29, 230 y 298.

nulos y carentes de todo efecto los preceptos normativos, los actos administrativos, las cláusulas de convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales de los empleadores, y en general todo acto, que contenga o suponga cualquier tipo de discriminación en el empleo o en las condiciones de trabajo, sean favorables o perjudiciales, por razón de la adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos o al ejercicio de actividades sindicales” (artículo 336°). Además se reconoce como un derecho de todo trabajador afiliado a una organización sindical, el “Recibir, sin discriminación alguna, las prestaciones y servicios que el sindicato brinde a sus afiliados, conforme al estatuto” (artículo 317°, 5).

El Anteproyecto de Ley General de Trabajo también establece que “las disposiciones de los convenios colectivos y del reglamento interno, los pactos o convenios individuales y los actos unilaterales del empleador que contengan discriminaciones favorables o desfavorables en materia de remuneraciones, ascensos y promociones o condiciones de trabajo, que vulneren lo dispuesto por el artículo XI, numeral 5, del Título Preliminar”, son nulas y no surten efecto legal alguno (artículo 49°).

El Pleno Jurisdiccional Laboral de 1997, acordó por unanimidad declarar que no es procedente que una convención colectiva perjudique a los trabajadores sindicalizados, disponiendo su exclusión del ámbito de aplicación y efectos de la misma⁵⁰. Cabe destacar que uno de los objetivos estratégicos del Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres 2000-2005, es el de “Concientizar a los agentes laborales, empresas y organizaciones sindicales sobre los obstáculos y discriminaciones existentes en el mundo laboral”. Lo que debe traducirse en que las organizaciones de empleadores y trabajadores, eliminen de sus convenios colectivos aquellas cláusulas que supongan algún tipo de discriminación para la mujer⁵¹.

⁵⁰ En la sentencia del 29.09.1997 recaída en el Expediente 5269-91-BS (S) del caso Crisóstomo Huamán Cahuana contra Telefónica del Perú S.A., los magistrados de la Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, declararon no aplicable para el demandante el convenio colectivo en el extremo que disponía que el beneficio del pago de reintegros sólo se haría efectivo a favor de “los trabajadores que se encuentren con contrato de trabajo vigente a la fecha de la suscripción” del convenio, al considerar que esta disposición convencional resultaba contraria al principio de igualdad de oportunidades sin discriminación consagrado por la Constitución.

⁵¹ El Plan -muy modestamente- se fija como meta para el 2005, que las cláusulas discriminatorias de los convenios colectivos deberán haber disminuido en un 50%.

III. REFLEXIÓN FINAL

Para efectos de una adecuada y pertinente regulación de los principios de igualdad de oportunidades, de igualdad de trato y de no discriminación, consideramos indispensable que se tenga en cuenta la reforma constitucional en trámite, la discusión en el Congreso de los proyectos de ley sobre igualdad de oportunidades, las competencias asignadas al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, el cumplimiento de los compromisos comprendidos en la décima primera política de Estado recogida en el Acuerdo Nacional, los resultados alcanzados hasta el momento en la ejecución del Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres 2000-2005, así como el proceso de descentralización del Estado que implica transferencias de ejecución de políticas públicas a los gobiernos regionales. Todos estos procesos jurídicos, políticos y administrativos que se están desarrollando de manera simultánea, deben conjugarse con el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Perú al haber ratificado diversos instrumentos internacionales en materia de igualdad de oportunidades, así como con el acatamiento de lo dispuesto por los órganos de control de tales normas, a cuya jurisdicción se haya sometido el Estado peruano. Además, para que el debate sea de mayor provecho y que la norma que se apruebe coadyuve de mejor manera a superar las situaciones de discriminación existentes en el ámbito laboral, es indispensable que las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores participen activamente en esta discusión.