

también aquellos rasgos sintomáticos considerados como indicios que valorados en conjunto y/o aunados a otros elementos pueden demostrar una vinculación de índole laboral.

- Por otro lado, y en cuanto a la finalidad que persigue el MTPE, en función del deber de protección de un estado social, es buscar la realidad material, primando los elementos esenciales y rasgos sintomáticos que pudiera existir en una relación civil. Por su parte, la Administración Tributaria cuenta tiene el deber de analizar si hay una relación laboral para recaudar los tributos laborales que correspondan.
- Finalmente, tanto las resoluciones emitidas por la Dirección de Inspección Laboral de Lima del MTPE como del Tribunal Fiscal son pronunciamientos de última instancia administrativa que coinciden en la aplicación de los elementos esenciales y los rasgos sintomáticos que determinan una relación laboral cuando una simulación, una con énfasis en la primacía de la realidad laboral y la otra con el criterio de realidad económica.

LA RUTA HACIA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES



Luz PACHECO ZERGA

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesora Ordinaria Principal de Derecho del Trabajo de la Universidad de Piura. Coordinadora del Programa de Formación Docente de la Universidad de Lima y Directora de Estudios de la Facultad de Derecho (campus Lima).

SUMARIO

CLÁUSULA I. 1. Diversidad sexual y corresponsabilidad familiar. **CLÁUSULA. II.1.** El trabajo: elemento clave del desarrollo humano. **CLÁUSULA III. 1.** El movimiento feminista y la ideología de género. **2.** La ideología del género y su influencia en el concepto de familia. **3.** La ruta hacia la igualdad de oportunidades: un esfuerzo internacional. **4.** La no discriminación y la igualdad de oportunidades: algunas conclusiones

Han pasado cinco años desde que el Gobierno del Perú asumiera un compromiso más decidido para lograr la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en nuestro país. Con fecha 12 de marzo de 2007 fue promulgada la Ley N° 28983 que estableció el marco normativo, institucional y de políticas públicas para el ámbito nacional, regional y local, con el objeto de garantizar a mujeres y hombres “el ejercicio de sus derechos a la igualdad, dignidad, libre desarrollo, bienestar y autonomía, impidiendo la discriminación en todas las esferas de su vida, pública y privada, propendiendo la plena igualdad” (art. 2). Unos meses después esta norma fue reglamentada por el D.S. N° 027-PCM-2007, que obliga el cumplimiento de las políticas de igualdad de oportunidades.

El año pasado el Consejo de Ministros aprobó el Plan Nacional de Igualdad de Género 2012-2017. Al darlo a conocer a la opinión pública la ministra de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP), Ana Jara Velásquez, resaltó que se ha sustituido la palabra “oportunidades” por la de “género” con el fin de poner de manifiesto

el compromiso del Gobierno en la lucha por acortar la brecha de desigualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

El V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social organizado por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social tiene como objetivo analizar las tendencias y las perspectivas laborales no solo desde el interior de la disciplina sino teniendo en cuenta el marco interdisciplinario. La importancia que tiene el acceso de la mujer a los estudios superiores y al trabajo fuera del hogar es, en palabras de uno de los más connotados maestros laboristas, “el fenómeno social más significativo del mundo del trabajo actual”⁽¹⁾, que ha transformado las estructuras sociales, de trabajo y jurídicas a nivel mundial⁽²⁾. De allí que parezca necesario realizar un breve análisis de los alcances que tiene la ideología del género y las actuales políticas gubernamentales para lograr una efectiva promoción del empleo femenino, respetuosa de las potencialidades de la mujer, del derecho-deber de trabajar y de la corresponsabilidad que comparte con el varón en la vida familiar.

Con este fin hemos dividido el presente estudio en cinco apartados: el primero analizará la diversidad sexual y la corresponsabilidad familiar; el segundo estará referido al trabajo como elemento clave del desarrollo humano; el tercero, al movimiento feminista y a la ideología de género; el tercero, al impacto de la ideología de género en el concepto de familia; para, finalmente, referirnos al esfuerzo internacional de lograr la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y poder así culminar con algunas conclusiones.

CLÁUSULA I

1. Diversidad sexual y corresponsabilidad familiar

La tradición judeo-cristiana, que caracteriza los Ordenamientos occidentales, ha considerado desde antiguo a la mujer como pieza fundamental, insustituible para la vida familiar, con un rol protagónico en la educación de los hijos y en la

(1) ALONSO OLEA, Manuel “El trabajo de la mujer en el Derecho Español”. En: *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, N° 72 (1995).

(2) Otro fenómeno emparentado con este es la profunda modificación del sistema de servicio doméstico, que puso de manifiesto uno de los más distinguidos filósofos del siglo pasado: “Es evidente que la estructura de la familia, su tamaño, los aspectos profesionales, las relaciones de los padres con los hijos y del matrimonio entre sí, el número de los hijos, la permanencia en la casa de los abuelos, el empleo del tiempo, la administración del ocio, todo esto está condicionado en inmensa proporción por la desaparición del servicio doméstico. Y entiendo por servicio doméstico, el tradicional, con la criada interna, que vivía en casa, que amanecía y anochece en casa; que tenía una jornada ilimitada aunque no fuese demasiado larga, aunque tuviese largos periodos de descanso; que tenía otra de adopción familiar, de participación en la vida de la familia, de ascenso social, de educación: una larga serie de cosas buenas y malas. (...) Y la crisis del servicio doméstico —no lo olvidemos— ha destruido formas y posibilidades de compañía, ha introducido en las sociedades actuales uno de sus factores más graves y de más hondas consecuencias: la soledad”. MARÍAS, Julián. *La mujer en el siglo XX*. 4ª edición, Humanidades (Madrid: Alianza Editorial, 1980) pp. 43-44.

atención del hogar. Sin embargo, es también innegable que el relato de la creación del hombre y de la mujer basado en el simbolismo de la costilla de Adán fue interpretado por muchos como si la mujer fuera inferior o sierva del hombre⁽³⁾. Esta interpretación dificultó erradicar la actitud machista⁽⁴⁾ propia de las sociedades pre-cristianas. De este modo, la mujer fue relegada al espacio privado del cuidado del hogar y de la educación y atención de los hijos, no considerándola apta para intervenir activamente en la vida pública de la sociedad.

Al varón, por el contrario, se le reafirmó en su compromiso con la vida pública y su responsabilidad en la marcha económica del hogar. Por tanto, su responsabilidad era la actividad extra doméstica que debía ser lucrativa para sostener a la familia⁽⁵⁾. Esta disparidad de trato cristalizó, en algunos Ordenamientos, en exigir a la mujer contar con el consentimiento expreso del marido para trabajar fuera del hogar o con autorización judicial en caso que aquel se negare injustificadamente⁽⁶⁾. Al marido correspondía, en cambio, la representación del hogar y la administración del patrimonio familiar por considerársele el representante del hogar conyugal⁽⁷⁾.

Esta discriminación injusta justifica negar tanto los roles asignados como la existencia de la diferencia sexual. Para responder a esta cuestión es necesario recurrir a la embriología, que enseña que la especie humana se caracteriza por tener 23 pares de cromosomas, la mitad de los cuales proceden del padre y la otra mitad de la madre. En el caso de los seres humanos los cromosomas que originan la diferencia sexual se agrupan en dos fomas: XY para el sexo masculino y XX para el femenino. En consecuencia, ser varón o ser mujer no es cuestión de opción social sino de determinación genética. No existen operaciones de cambio de sexo ya que no se modifica la carga genética: lo único que se hace es un cambio morfológico. Los estudios de embriología y de biología enseñan que sexuadas son las células, los sentimientos y los pensamientos⁽⁸⁾. La calificación de varón y mujer responde a una carga genética determinada, que condiciona los respectivos modos de ser y obrar y no una simple orientación cultural.

Por otro lado, no requiere prueba demostrativa el hecho de que el varón y la mujer se encuentren naturalmente atraídos entre sí y que son capaces de una unión física ordenada naturalmente a la reproducción de la especie, en la que cada uno de

(3) Cfr. JUAN PABLO II, *Compromiso por la promoción de la mujer* (vatican.va, 15.IX.12.1999 [30.I.2012]; disponible en <http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/audiences/1999/documents/hf_jp-ii_aud_24111999_sp.html>).

(4) El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define al machista como al partidario del machismo que, a su vez, se tipifica como una “actitud de prepotencia de los varones respecto a las mujeres”.

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

(6) Cfr., por todos, Código Civil del Perú 1936, art. 173

(7) Cfr. *Ibidem*, arts. A61 y ss.

(8) Para quien desee profundizar en estas cuestiones remito a la obra de CASTILLA Y CORTÁZAR, Blanca. *Persona y género. Ser varón y ser mujer*. (Ediciones Internacionales Universitarias, Barcelona: 1997).

los sexos tiene una función propia, que se proyecta luego en la atención y educación de los hijos⁽⁹⁾. Ahora bien, si se pretende lograr la igualdad de oportunidades se debe partir de la realidad de las diferencias sustanciales entre mujeres y hombres “por razón del sexo. Se trata de eliminar las diferencias o los roles asignados por una tradición discriminatoria, pero no de convertir una sociedad sexuada en asexuada”⁽¹⁰⁾. De allí que sea necesario una ponderación equilibrada para poder trazar una ruta equitativa en este campo.

Algunas ONG feministas han manifestado su “preocupación” porque el Gobierno peruano en un informe del año 2010 hizo referencia a una meta de equidad y no de igualdad en relación a los derechos del varón y la mujer, lo cual, a juicio de ellas es una aspiración social, pero no una reivindicación jurídica, que erradique la discriminación en perjuicio de la mujer⁽¹¹⁾. Sin embargo, frente a esta equivocada apreciación es necesario recordar que para determinar si se ha observado o no el mandato de no discriminación es necesario realizar un juicio complejo, que va más allá del análisis de la simple igualdad⁽¹²⁾. Este es un derecho fundamental reconocido en la Constitución, artículo 2.2⁽¹³⁾ que, contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, no faculta a las personas a exigir un trato igual a los demás, “sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación”. La igualdad, sigue explicando el Alto Tribunal, “además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado social y democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscriben todo tipo de diferencia de trato. La igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables”. Estas precisiones exigen comprender adecuadamente dos categorías jurídico-constitucionales: diferenciación y discriminación. La diferenciación “está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y

razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable”⁽¹⁴⁾.

Se debe reconocer que la protección social otorgada por el Derecho Laboral en la primera mitad del siglo pasado tuvo matices especiales para la mujer y los jóvenes (adolescentes y niños), a quienes se les consideraba especialmente débiles para negociar y prácticamente forzados a realizar una actividad necesaria pero no deseable –la del trabajo– que, por tanto, debía prohibirse o limitarse en beneficio de esos trabajadores y de la sociedad en su conjunto. Por eso, la tendencia a nivel mundial –hasta fines del siglo pasado– fue la de prohibir el trabajo femenino en determinadas circunstancias, no solo relacionadas con la maternidad o con la menor fuerza física de la mujer⁽¹⁵⁾, sino también otros, considerados patrimonio exclusivo del varón, por considerar a la mujer menos dotada para los trabajos extradomésticos. A la vez, la conciencia social de la importancia de la maternidad y cuidado del recién nacido llevó a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1919 a iniciar sus actividades adoptando seis convenios, dos de los cuales se orientan a evitar que la mujer trabaje en labores que se consideraban perjudiciales para su salud o para su condición femenina. Uno de esos convenios prohibió el trabajo de la mujer durante las seis semanas posteriores al parto⁽¹⁶⁾ y el otro⁽¹⁷⁾, impedía que realizase trabajos en horario nocturno. Posteriormente, se prohibió también el trabajo de la mujer en los subterráneos de las minas⁽¹⁸⁾. En cambio, los siglos XX y el XXI presentan un panorama diferente: tanto la OIT como la legislación de los países europeos y latinoamericanos, como es el caso del Perú, han optado por una política positiva en lugar de prohibitiva.

El Estado debe velar por la protección jurídica del derecho de la mujer a ausentarse del trabajo, sin pérdida de la remuneración, no solo por motivo del parto o la lactancia, sino también para atender deberes familiares prioritarios. De modo similar, también el varón tiene el derecho y el deber de ausentarse del trabajo por nacimiento de sus hijos o por enfermedades u otros deberes propios del cuidado y la solidaridad que exigen los vínculos familiares. La protección jurídica no puede ser igualitaria sino complementaria, a fin de que la igualdad de oportunidades equilibre

- (9) Paternidad y maternidad potenciales son dimensiones naturales de la virilidad y de la femineidad. Varón dice relación a ser padre y mujer dice relación a ser madre. El acto conyugal es el acto natural de fecundación. El matrimonio está naturalmente ordenado a la reproducción pero no se agota en este pues se trata de personas: además los padres deben recibir a esos hijos en el seno de la comunidad conyugal y cuidarlos y educarlos para actuar conforme lo exige la dignidad humana. Cfr., por todos, HERVADA, Javier, *Cuatro lecciones de Derecho Natural. Parte especial*, 4ª ed. (Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1998).
- (10) RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel, “La nueva dimensión de la igualdad y la transversalidad de las políticas de género” En: *Relaciones Laborales*, (2001), pp. 67-77.
- (11) MANUELA RAMOS, *Ley de igualdad de oportunidades de mujeres y hombres* (Movimiento Manuela Ramos, 2008 [14.IX 2012]; disponible en: <<http://www.manuela.org.pe/wp-content/uploads/2007/06/57214506-Ley-de-Igualdad-de-Oportunidades-entre-mujeres-y-hombres.pdf>>.
- (12) Cfr. STC 0976-2001-AA/TC, f. j. 3.
- (13) “(...) toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

- (14) Así se pronunció en el Exp. N° 0048-2004-PI/TC, f. j. 62 y lo ha reafirmado, entre muchos otros, en el Exp. N° 03461-2010-AA, f. j. 3 a 5.
- (15) No sin un asomo de ironía el maestro Alonso Olea, destacó en una oportunidad, que esa falta de “robustez” no es incompatible con que sea más fuerte que el hombre, como lo demuestra “su superior longevidad doquiera”. ALONSO OLEA, Manuel, “El trabajo de la mujer en el Derecho Español,” *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, N° 72 (1995).
- (16) Convenio 3.
- (17) El artículo 3 establece que: “Las mujeres, sin distinción de edad, no podrán ser empleadas durante la noche en ninguna empresa industrial pública o privada, ni en ninguna dependencia de estas empresas, con excepción de aquellas en que estén empleados únicamente los miembros de una misma familia”, con algunas excepciones, taxativamente previstas.
- (18) Convenio 45.

las responsabilidades exigidas por el cumplimiento de los deberes familiares, según las competencias de cada sexo.

Al ser evidente que la mujer tiene encomendada de manera particular el don de la vida y su guarda, los Ordenamientos jurídicos han optado por preservar la salud física y mental de la mujer embarazada, facilitándole el necesario descanso mediante los descansos pre y postnatal, así como por otros institutos como la excedencia o el derecho de gozar de las vacaciones inmediatamente después del descanso post natal. Esta protección se extiende, en todas las naciones europeas, y en algunas americanas, a solicitar el cambio de ocupación si las labores que tiene asignadas una mujer embarazada ponen en peligro su vida o la salud del hijo por nacer⁽¹⁹⁾. Se debe destacar también que las legislaciones laborales tienden a homologar, sin violentar las exigencias naturales del embarazo, parto y lactancia, los derechos de ambos padres en el cuidado del hijo recién nacido, para lograr la corresponsabilidad en los deberes familiares. Y, por último, el Derecho Laboral se ordena a proteger el derecho de la madre trabajadora a conservar el empleo con independencia de su estado de gravidez, al punto de establecer el denominado “fuero maternal” en países como Chile, Panamá y Venezuela⁽²⁰⁾ para prevenir la discriminación por razón de sexo o el acoso moral. Pretender en estos casos un igualitarismo con el hombre equivaldría a violentar la naturaleza y discriminar injustamente a la mujer, que tiene el derecho a gozar de su maternidad y sus hijos de ella.

CLÁUSULA II

1. El trabajo: elemento clave del desarrollo humano

La conciencia de la necesidad del trabajo para la vida personal y social ha llevado a que se reconozca como un derecho fundamental en diversas Constituciones occidentales⁽²¹⁾. Su importancia para la vida humana es objeto de estudio no solo para los economistas y laboristas sino –inclusive– para los teólogos y sociólogos,

- (19) En Europa la Directiva 92/85/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia ha logrado una amplia protección en los países de la Unión. En el Perú, la Ley 28048 y su Reglamento, el D.S. N° 009-2004-TR establecen prescripciones para preservar la salud de la trabajadora, que sea madre gestante, y el desarrollo normal del embrión y el feto.
- (20) El Código de Trabajo de Chile establece en su art. 194 lo siguiente: “Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez”.
- (21) Por todas, citamos la Constitución española, art. 35.1 “1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”. Y la chilena, art. 16°.- La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

entre otros⁽²²⁾. Existe una conciencia social, cada vez más diáfana, de que la persona al trabajar pone en juego sus capacidades físicas, intelectuales, volitivas y afectivas, porque el trabajo, no solo no es una mercancía⁽²³⁾, sino que es el medio natural de realización de la persona⁽²⁴⁾. Si bien es cierto, que uno de los elementos que tipifican la relación laboral es la existencia de un salario o remuneración⁽²⁵⁾, la persona no trabaja solo por dinero y, más aún, es capaz de prescindir de un trabajo bien remunerado si no satisface otras aspiraciones humanas básicas.

Además, el trabajo contribuye al desarrollo de las ciencias y de la técnica, es decir, a la elevación cultural, científica y moral de la sociedad, lo que es más importante, **por el trabajo la persona se construye a sí misma**. El ser humano cuando trabaja, no solo transforma la naturaleza sino que le da un sentido y utilidad nuevos⁽²⁶⁾. El trabajo permite adaptar el universo a necesidades humanas, pero no constituye el sentido del mundo, del mismo modo que no lo constituye en el ser. En cambio, permite desvelar y reconocer la finalidad de las realidades naturales, prevista por quien las constituyó en el ser. El análisis científico riguroso lleva a reconocer el carácter teleológico de la naturaleza y, consecuentemente, su carácter normativo para el ser y el obrar humano⁽²⁷⁾. Esta es una de las funciones más nobles del trabajo: permitir comprender el sentido del mundo y, con él, la razón de ser de la propia existencia. Si bien es cierto que la persona transforma el mundo impulsada por su instinto de conservación, a la vez, lo trasciende al experimentar –en el desarrollo de esa actividad– su propia dignidad⁽²⁸⁾. De allí la importancia de la adecuada regulación jurídica no solo del derecho al trabajo en sí mismo, sino de los tiempos de labor y descanso.

- (22) El valor sobrenatural del trabajo tiene relación directa con la encarnación del Hijo de Dios, pero recién ha sido puesto de manifiesto, en toda su riqueza, en el siglo XX. Tanto la teología como la ascética del trabajo se desarrollan en los últimos decenios. Cfr. por todos JUAN PABLO II, *Laborem exercens* (Castelgandolfo: vatican.va, 1981). ESCRIVÁ DE BALAGUER, Josemaría, *Camino* (1a. (1939)) (Rialp, 26.1 2011); ubicable en: <http://www.escrivaobras.org/book/camino-indice_materias-225.htm>. y DONATI, Pierpaolo, “El significado del trabajo en la investigación sociológica actual y el espíritu del Opus Dei,” *Romana Estudios* 1985-1996, (1996).
- (23) Cfr. Constitución OIT, 1919, art. 1.
- (24) Cfr. Constitución del Perú, art. 22: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”.
- (25) Cfr. por todos ALONSO OLEA, Manuel, “Derecho del honor y despido”. En: *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Civitas, 2001, p. 41
- (26) El simple hecho de entregar una rosa a otra persona en señal de afecto o admiración, ha modificado la función natural de esa flor, enriqueciendo así al mundo y a las personas y dando origen a la cultura. Cfr. RODRÍGUEZ, Pedro. “La responsabilidad de los cristianos en la vida universitaria. Consideraciones acerca de la relación entre naturaleza y cultura.” *Scripta Theologica* XXXIII, N° 1 (2001), pp. 161-182.
- (27) Sobre esta rica y amplia cuestión remito a las reflexiones de GONZÁLEZ, Ana Marta, *Naturaleza y dignidad* (Pamplona: EUNSA, 1996).
- (28) Cfr. BUTTIGLIONE, Rocco. *La persona y la familia* trans. Antonio Esquivias (Madrid: Palabra, 1999), p. 168 y ss. Esa dignidad es precisamente la capacidad de trascender lo individual y contingente y alcanzar por la vía del conocimiento y del amor, lo universal y necesario. En definitiva remontarse por encima del utilitarismo individualista y egocéntrico, a la amistad y a la solidaridad social.

Por lo demás, todo trabajo lleva implícito un proyecto personal que, si la persona ha logrado una personalidad madura, están abiertas al bien social, a diferencia del animal, que actúa en función de sus necesidades. De hecho, "ninguna abeja trabaja formalmente para los demás, sino que va a lo suyo; ahí está el ardid de la naturaleza, en que, trabajando cada uno para lo suyo, resulta que trabaja para los demás. Cosa que no acontece, o por lo menos uno aspira que no acontezca en toda forma de colaboración humana, en que uno no trabaja solo por lo que le sale de dentro, sino que trabaja precisamente para los demás, proponiéndose a los demás en tanto que otros"⁽²⁹⁾. Más aún, el desarrollo auténtico de la personalidad se fragua en el servicio real a las personas individuales: solo así se consigue un desarrollo social sostenible a largo plazo. El deber de servicio, también incumbe a las personas discapacitadas, aunque evidentemente, para ellas sea diferente el modo de cumplir con esta obligación, que no corresponde explicar en esta investigación. Se debe reconocer que el deber de servir es de orden moral, que es exigible jurídicamente en determinados casos, aunque negarse a servir para nada y a nadie es contrario a la dignidad humana. Por eso puede decirse que el hombre es libre pero servidor de los demás⁽³⁰⁾.

CLÁUSULA III

1. El movimiento feminista y la ideología de género

La sociedad le debe al movimiento feminista el haber contribuido poderosamente a mejorar las condiciones de vida de la mujer en la vida social. Si bien existieron inquietudes feministas en todos los siglos, es hacia finales del siglo XVIII, en tiempos de la Revolución Francesa, que este movimiento toma especial fuerza. En ese entonces, las mujeres reclamaron sus derechos a estudiar, a votar y a participar en la vida pública. Sus luchas tuvieron victorias y derrotas, pero a principios del siglo XX consiguieron que las mujeres fueran admitidas, de modo oficial, en la enseñanza superior y en las universidades. También lograron alcanzar la igualdad política, al menos según la ley, en todos los países del continente europeo y en la mayoría de los americanos⁽³¹⁾.

Una vez lograda esta meta, a partir de la mitad del siglo XX, una parte de las feministas ya no aspiraron simplemente a una equiparación de los derechos jurídicos y sociales de varón y la mujer, sino a la igualdad funcional de los sexos. Exigieron la eliminación del tradicional reparto de responsabilidades o roles de los sexos y rechazaron la maternidad, el matrimonio y la familia como instituto natural.

(29) ZUBIRI, Xavier *Sobre el hombre*. Alianza editorial, Madrid, 1986, pp. 251-252.

(30) Cfr. d'ORS, Álvaro, *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*, Cuadernos. Civitas, Madrid, 1995, p. 158.

(31) El Estado de Wyoming (Estados Unidos) fue el pionero en conceder el voto femenino en 1869. Le siguieron Inglaterra y Alemania (1918), Suecia (1919), Estados Unidos (1920), Polonia (1923). Más adelante se puede mencionar el caso de España (1931), Francia e Italia (1945), Canadá (1948), Japón (1950), México (1953) y Perú (1956). El último país europeo en reconocerlo fue Suiza (1971).

Simone de Beauvoir (1908-1986) fue una filósofa existencialista, compañera de Jean Paul Sartre, cuya obra "*Le Deuxième Sexe*" (*El otro sexo*, 1949) fue un éxito mundial. Ella previno contra lo que llamó la **trampa de la maternidad**, que era utilizada en forma egoísta por los hombres para privar a sus esposas de independencia. Esta corriente feminista exige a la mujer liberarse de las ataduras de su naturaleza y de las funciones maternas. Para lograrlo recomienda, —desde hace más de sesenta años— las relaciones lesbianas, la práctica del aborto y el traspaso de la educación de los hijos a la sociedad⁽³²⁾.

En las décadas siguientes, otras feministas descubrieron que el deseo de ser como el varón evidencia un cierto complejo de inferioridad y lleva, además, a tensiones y frustraciones. Concluyeron que, la mujer para llegar a su plena realización, no tiene que comportarse como el hombre, —frío y racional— sino ser completamente femenina, lo cual equipararon con la belleza física, la emoción y la sensualidad. Se celebró entonces una *nueva feminidad* que al exaltar sus valores físicos y su capacidad emocional, menospreció la capacidad intelectual de la mujer, con el consiguiente empobrecimiento de su valía y de las relaciones interpersonales. Lamentablemente, en pleno siglo XXI muchas mujeres ceden a la manipulación de la mujer-objeto como anzuelo comercial, ya sea por frivolidad o por ambición económica.

Pero es al empezar este milenio que el movimiento feminista se reformula: su meta ya no consiste en emanciparse del predominio masculino, ni tampoco en liberarse de las concretas funciones femeninas y maternas: aspira a eliminar la misma naturaleza, a cambiar el propio cuerpo hasta convertirlo en un híbrido al "gusto del consumidor". De allí que mientras muchas mujeres, desprecian el matrimonio y la maternidad, los medios de comunicación nos transmiten los sueños de hombres, que aspiran a intervenciones quirúrgicas (implantarse un útero, etc.) para experimentar el embarazo y la maternidad.

Este panorama les exige un nuevo léxico: es necesario sustituir la palabra sexo por la de género (*gender*). No se trata de un simple cambio de palabras. Detrás hay una ideología: la de considerar que la masculinidad y la feminidad se encuentran determinadas por la cultura y no por la biología. Mientras el término sexo hace referencia a la naturaleza e implica dos posibilidades (varón y mujer), el término género proviene del campo de la lingüística donde se existen tres acepciones: masculino, femenino y neutro. Por tanto, lo que se quiere es convencer que las diferencias entre el varón y la mujer no corresponden a la naturaleza, sino que son simples construcciones culturales sobre los roles y estereotipos que las sociedades han asignado tradicionalmente a los sexos.

Hay quienes plantean la existencia de cuatro, cinco o seis géneros: heterosexual masculino, heterosexual femenino, homosexual, lesbiana, bisexual e

(32) Cfr. BURGGRAF, Jutta. *La ideología postfeminista de género* (almudi.org, 23.V. 2007 [14.IX. 2012]; disponible en: <<http://www.almudi.org/Inicio/tabid/36/ctl/Detail/mid/386/aid/604/paid/0/Default.aspx>>.

indiferenciado. De este modo, la masculinidad y la feminidad dejan de ser los prototipos del ser y del obrar humanos para convertirse en orientaciones personales, que deben no solo respetadas sino protegidas jurídicamente por tener todas el mismo valor. Según esta ideología, la heterosexualidad, lejos de ser "obligatoria, no significaría más que uno de los casos posibles de práctica sexual. Ni siquiera tendría por qué ser preferido para la procreación. Y como la identidad genérica (el *gender*) podría adaptarse indefinidamente a nuevos y diferentes propósitos, correspondería a cada individuo elegir libremente el tipo de género al que le gustaría pertenecer, en las diversas situaciones y etapas de su vida⁽³³⁾.

2. La ideología del género y su influencia en el concepto de familia

Para llegar a una aceptación universal de esta ideología, sus promotores quieren lograr la llamada "de-construcción" de la familia. Ahora bien, el derecho a formar una familia es uno de tipo fundamental en las sociedades occidentales⁽³⁴⁾, pero el deber de los Estados de proteger a la familia deviene de la función social que esta tiene en la formación de los individuos, ya que es en ella donde estos se **humanizan**. Una somera revisión de las constituciones más próximas a nuestra tradición jurídica evidencia la profunda convicción de esta verdad. Las ciencias sociales enseñan que la familia que surge de la vida conyugal estable de un varón y una mujer es una institución originaria, peculiar y primordial, porque "existe desde el inicio, tanto en sentido filogenético (en cuanto está en el origen de la especie humana), como en sentido ontogenético (en cuanto que, en cualquier tiempo y lugar, el individuo se introduce en la sociedad y madura su participación, de forma más humana cuanto mejor está apoyado por la mediación de una familia)⁽³⁵⁾.

El hecho de que en la familia el ser humano sea aceptado y amado incondicionalmente, es decir, no por sus cualidades, sino simplemente por el hecho de ser miembro de esa comunidad humana es la clave de la maduración interior de la persona y de su proceso de **humanización**. La razón estriba en que en la familia se enlazan de "manera relevante el sentido del sexo y la procreación, del amor entre personas, de la propiedad legítima, de la educación" y, además, "se responsabiliza de la humanidad y. de la tierra que ocupamos"⁽³⁶⁾. Los problemas de la ecología y, en

(33) Cfr. *Ibidem* (14.IX. 2012).

(34) Con esta denominación me refiero a las que hunden sus raíces en la cultura greco-romana y cristiana.

(35) DONATI, Pierpaolo. *Manual de sociología de la familia*. Ed. Instituto de Ciencias para la Familia, trans. Manuel Herrera Gómez y Sonia Pagés Luis. Pamplona EUNSA, 2003, p. 13.

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

último término de la solidaridad entre los miembros de una sociedad y de los pueblos en general, son cuestiones éticas en las que inciden decisivamente los valores inculcados en el entorno familiar. Interesa que los ciudadanos actúen como **habitantes** y no solo como **gente**, es decir, como seres pertenecientes a una familia común y no como grupo anónimo desconectado entre sí⁽³⁷⁾. Las tres funciones básicas que cumple la familia se corresponden con sus elementos constitutivos —economía, educación e intimidad—, que se ordenan a lograr la igualdad —o mejor aún la equidad— en el ámbito de la economía; la libertad en la educación y la fraternidad en la intimidad⁽³⁸⁾.

El término familia ha devenido en algunas culturas en equívoco, pero en la mayoría de los países y, entre ellos se encuentra el Perú, existe una relación directa entre matrimonio y familia, tanto en el texto constitucional⁽³⁹⁾ como en el Código Civil⁽⁴⁰⁾. El matrimonio es regulado como el núcleo del cual surge la familia con los consiguientes lazos de parentesco, reconociéndoles a ambos el carácter de instituciones de derecho natural⁽⁴¹⁾. A diferencia de otros Códigos⁽⁴²⁾, el peruano ha definido el matrimonio⁽⁴³⁾, pero no a la familia ni al parentesco. Determinar la esencia y fines del matrimonio exige acudir a otras ciencias pues el dato de la ley positiva no es suficiente⁽⁴⁴⁾. De este análisis, que no es posible detallar en este trabajo porque excede sus fines, se puede concluir que la familia se fundamenta en el matrimonio, que es la unión jurídica, plena y total, de un varón y de una mujer en su virilidad y feminidad, que trae consigo una comunidad indivisible de vida, fundada en el amor y ordenada a la generación y educación integral de los hijos, así como a la mutua ayuda⁽⁴⁵⁾. Esta precisión es importante para el Derecho del Trabajo porque la conciliación de la vida familiar con la laboral, no tiene por resultado únicamente una mejor calidad de vida para los trabajadores, sino también para sus familias

(37) Cfr. ALVIRA DOMÍNGUEZ, *El lugar al que se vuelve. Reflexiones sobre la familia*, p. 27.

(38) Cfr. *Ibidem*. pp. 27-28.

(39) "La comunidad y el Estado (...) también protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad" (Art. 4)

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

(41) Cfr. CP, art. 4.

(42) Cfr. ENNECCERUS, Ludwig / KIPP, Theodor/ WOLFF, Martin, *Tratado de Derecho Civil*. Trans. Blas Pérez González y José Alguer, 2ª castellana y 20ª alemana ed., V vols., vol. IV, *Derecho de Familia* (Vol. I), Barcelona: Bosch, 1979, p. 12.

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

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

(45) Remito a algunas de las fuentes consultadas: BUTTIGLIONE. *La persona y la familia*, VILADRICH, Pedro-Juan. *Agonía del matrimonio legal. Una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio*, División Interdisciplinaria para la Familia (DIF). (Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1984). JUAN PABLO II, *Laborem exercens*. HERVADA, *Cuatro lecciones de Derecho Natural. Parte especial*. ALVIRA DOMÍNGUEZ, *El lugar al que se vuelve. Reflexiones sobre la familia*, CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. 9ª ed., II vols., vol. II. (Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1998), DONATI. *Manual de sociología de la familia*. ENNECCERUS. *Tratado de Derecho Civil*.

porque la presencia de los padres y el diálogo que se entabla con los hijos, fortalece la capacidad ética de las futuras generaciones. Asimismo, las legislaciones laborales nacionales y los convenios colectivos fijan los derechos relativos al nacimiento de hijo, cuidado, permisos por razones familiares, etc., de acuerdo al concepto jurídico de familia del país.

Afirmar que el matrimonio es una institución natural equivale a decir que su esencia —el vínculo— sus propiedades y sus fines, así como el conjunto de derechos y deberes que comporta se encuentran determinados por la naturaleza humana. Es decir, responde a la estructura ontológica de la persona y no a las disposiciones de la ley positiva⁽⁴⁶⁾. Por esta misma razón, el derecho a contraer matrimonio no es una **concesión del legislador** a los particulares sino una exigencia de justicia fundamentada en la misma naturaleza humana, anterior al Estado, que ningún poder puede ignorar, restringir o desprestigiar arbitrariamente⁽⁴⁷⁾.

La revisión del concepto de familia, especialmente en los países de mayor desarrollo industrial ha modificado la extensión de los derechos laborales relacionados con ella⁽⁴⁸⁾ y desdibuja sus contornos. Paradójicamente, la sociedad actual considera la familia un bien en alza, pero el divorcio, las uniones de hecho, las relaciones prematrimoniales y los nacimientos fuera del matrimonio van teniendo cada vez mayor aceptación. La búsqueda de una equiparación jurídica entre el matrimonio y las uniones de hecho tanto heterosexuales como homosexuales ha sido aceptada en algunas legislaciones, así como en parte de la doctrina científica y de la jurisprudencia⁽⁴⁹⁾. Algunos pocos países han legalizado el “matrimonio” de personas del mismo sexo, a pesar que entraña una contradicción en sus términos, similar a la

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

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

(48) Cfr. MARÍN ALONSO, Inmaculada/ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *Familia y trabajo: el régimen jurídico de su armonización*. Laborum, Murcia, 2001.

(49) Entre estas legislaciones se cuenta la del Distrito Federal de México porque el 21 de diciembre de 2009 su Asamblea Legislativa aprobó una enmienda al Código Civil —de ese Distrito Federal—, por la que se permitió contraer matrimonio a personas del mismo sexo. La ley entró en vigor en marzo de 2010. Conviene advertir, que al igual que en otros países, había precedido una legislación que reconocía las uniones de hecho: desde el 2006 existía una “Ley de sociedades de convivencia” equiparable al matrimonio, pero no con todos los derechos del mismo. Por otro lado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación confirmó la validez de la ley el 5 de agosto de 2010 y, el 16 de agosto de ese mismo año, declaró la constitucionalidad de la ley que permite adoptar niños a parejas homosexuales en la ciudad de México. Entre la múltiple bibliografía sobre el tema cito solo a FORNÉS, Juan, “Matrimonio y uniones de hecho.” *Ius Canonium* XL, N° 80, 2001, pp. 395-411. MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑOZ, José Luis. “La familia en la Constitución española”. En: *Revista Española de Derecho del Trabajo* 58, 2000, pp. 11-43. SANCINENA, Camino. “La ficticia igualdad del matrimonio y las uniones de homosexuales”. *JuS Doctrina & Práctica*, N° 4, 2008.

que existe en la “compraventa gratuita”. Esta realidad exige ahondar en los presupuestos antropológicos y filosóficos que originan este instituto jurídico, ya que un presupuesto esencial para el discurso lógico y el progreso de la ciencia es que los términos lingüísticos y jurídicos se empleen en un sentido unívoco⁽⁵⁰⁾.

El origen de esta dualidad ética contrastante proviene, en gran medida, de la ideología de género que considera que la familia es una institución de origen social y no una institución natural. De este modo, se reducen las relaciones intrafamiliares a una dimensión estructural, prescindiendo de la existencial u ontológica. Consecuentemente, se reduce a la familia a una estructura compuesta por relaciones denominadas paternidad, filiación, fraternidad y conyugalidad, que se identifican con el desempeño de un rol, con independencia del sexo de las personas. Y, al no reconocer una dinámica intrínseca —natural— sino solo un valor funcional o instrumental, los fines son introducidos por el individuo, según los intereses de su subjetividad. La ética concomitante a este planteamiento es que se podrá hacer todo aquello permitido por las limitaciones físicas y la armonización de las mutuas esferas de libertad⁽⁵¹⁾. De este modo, el Derecho deja de convertirse en un sistema de paz para limitarse a yuxtaponer, lo que acertadamente se ha calificado como “cuotas de arbitrariedad toleradas”⁽⁵²⁾. El resultado es reducir la comunidad familiar a una especie de “mecano”, en el que se oculta el amor, verdadero principio existencial y dinámico de la familia⁽⁵³⁾.

En este tipo de relaciones se sustituye a la ética por las leyes en ámbitos que estaban reservados para la intimidad del amor familiar. Esto es más patente en las relaciones de paternidad y filiación. Por lo que se refiere a las primeras, las posibilidades de construcción y la hegemonía del Derecho se incrementan todavía más y se potencian mutuamente: el hijo se considera parte de la calidad de vida. Los padres eligen cuándo y cómo tener al hijo, inclusive sus características genéticas: los abortos con fines eugenésicos son cada vez más frecuentes⁽⁵⁴⁾. El hijo se

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

(51) Cfr. SERNA BERMÚDEZ, Pedro. “Reivindicación europea de la familia. Una interpretación”. En: *Iustitia* LXXII, N° 3-4 (1994): 261-279.

(52) OLLERO, Andrés, *Derechos humanos y metodología jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 152.

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

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

convierte en un bien útil, asemejándolo a las cosas. De este modo, la distinción más radical que conoce el Derecho, aquella que separa las personas de las cosas, se atenúa fuertemente. Hasta el siglo pasado, las personas podían tener propiedades, pero no ser propiedad. Ahora pueden ser “derecho de otro” por las técnicas de fecundación artificial: el hombre se convierte en un “producto” sometido a las reglas del más fuerte. De este modo se modifica de modo sustancial la esencia de la familia y se deshumanizan las relaciones humanas⁽⁵⁵⁾.

Estas reflexiones no interesan solo a la Filosofía del Derecho porque del concepto de familia que se adopte, lo hemos afirmado anteriormente, se siguen consecuencias prácticas también para el Derecho del Trabajo como puede apreciarse en la jurisprudencia desde hace más de una década⁽⁵⁶⁾. Privilegiar al matrimonio en el ámbito de los beneficios laborales, de conformidad con el modo de ser y de obrar que observamos en la naturaleza, es una forma de proteger a la familia, de modo similar a como la bonificación del cien por ciento para las cotizaciones del personal de reemplazo por maternidad, es un modo de proteger la maternidad y de disminuir la carga social del empresario.

3. La ruta hacia la igualdad de oportunidades: un esfuerzo internacional

Nuestra ruta hacia la igualdad de oportunidades no es una iniciativa local. Existen diversos instrumentos de la Organización Internacional de Trabajo⁽⁵⁷⁾, y una prohibición de discriminación contra la mujer en el derecho internacional público, que son normas imperativas (*ius cogens*) que no admiten disposición en contrario, de acuerdo al artículo 53° de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969. Así puede deducirse de los principios generales, basados tanto en la costumbre como en los tratados internacionales, que han sido interpretados y aplicados por

(55) “Hoy se reconoce que la familia no es solo el eje capital del Derecho privado, sino que reviste también importancia considerable para la moralidad pública, para la conservación de la especie, para el aumento de la población, para la trabazón social y para la solidez de la estructura política (...) base insustituible para una organización estable y eficaz”. PÉREZ SERRANO, N. (1984) Tratado de Derecho Político, 2ª ed., Civitas, Madrid, citado por MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑOZ. “La familia en la Constitución española”. 12, nota 13.

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

(57) La Declaración de la Conferencia Internacional del Trabajo sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras (1975), la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998), los Convenios y Recomendaciones destinados a garantizar la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores y las trabajadoras, en particular el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (1981) y el Convenio sobre protección de la maternidad (2000), en el que se revisaron los dos Convenios anteriores sobre esta materia y se regula la protección en caso de riesgos en el embarazo. Son también especialmente relevantes las Resoluciones adoptadas por este organismo en los años 1975, 1985 y 1991, y, en particular, la de junio de 2004 referida a la igualdad entre hombres y mujeres, la igualdad de remuneración y la protección de la maternidad.

los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, la Corte Internacional de Justicia, los Comités de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y especialmente por la legislación y jurisprudencia de los países miembros de la ONU⁽⁵⁸⁾. Y que han sido recogidos por la Ley 28983 sobre la igualdad de oportunidades.

Son especialmente relevantes la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (DEDM), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDM) y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (PFCEDM), porque han ampliado y reforzado la igualdad de derechos reconocida en otros instrumentos internacionales. El artículo 1° de la CEDM define la discriminación contra la mujer en tales términos⁽⁵⁹⁾, que de ellos puede deducirse que cubre tanto la igualdad de oportunidades (igualdad formal) como la igualdad de resultados (igualdad de facto). Asimismo, permite concluir que la discriminación contra la mujer abarca toda diferencia de trato (distinción, exclusión o restricción) por motivos de sexo que: a) intencionada o no intencionadamente desfavorezca a la mujer; b) impida a la sociedad en su conjunto reconocer los derechos de la mujer en las esferas doméstica y pública; o, c) impida a la mujer gozar o ejercer los derechos humanos y las libertades fundamentales de que es titular.

4. La no discriminación y la igualdad de oportunidades: algunas conclusiones

Hemos afirmado que la obligación de no discriminación es distinta al derecho de igual tratamiento ante la ley, tanto en la formación de la norma como en su

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

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

interpretación o aplicación⁽⁶⁰⁾. Ahora precisamos que también son complementarias: el reconocimiento de la igualdad es el fundamento del trato no discriminatorio. Más aún, la igualdad de las personas incluye: a) el principio de no discriminación, mediante el cual se prohíbe diferencias que no se puedan justificar con criterios razonables y objetivos; y b) el principio de protección, que se satisface mediante acciones especiales dirigidas a la consecución de la igualdad real o positiva. Consecuentemente, “el derecho a la igualdad no impone que todos los sujetos de derecho o todos los destinatarios de las normas tengan los mismos derechos y las mismas obligaciones. Es decir, no todo trato desigual constituye una discriminación constitucionalmente prohibida, sino solo aquella que no está razonablemente justificada”⁽⁶¹⁾.

En definitiva, la correcta aplicación del Derecho exige dar a cada quien lo que le corresponde. Por tanto, no equivale a uniformizar sino a discriminar adecuadamente con criterios de proporcionalidad⁽⁶²⁾. De allí que la igualdad –exigida por la justicia– imponga tratar “igual a los iguales” y “desigual a los desiguales”. En consecuencia, “si la mujer cumple con una función natural propia –la de la maternidad–, que exigen la guarda y custodia de la vida, a la que le corresponde una constitución biológica y un ritmo de vida y trabajo, distintos a los del varón, es consecuente que el Ordenamiento jurídico refleje estas diferencias naturales en orden a lograr un trato justo”⁽⁶³⁾.

Se trata de promover los derechos de la mujer evitando un mimetismo con respecto al varón, que reduciría a la mujer a una mera copia de este. Por el contrario, interesa que la antropología y las demás ciencias sociales, incluyendo al Derecho, respeten y fomenten la diversidad de la tipología femenina y masculina. Solo cuando se acepte –en la práctica– que “la mujer es capaz de colaborar con el hombre, por ser su correspondencia perfecta” y que “la mujer es otro tipo de “yo” en una humanidad común, constituida en perfecta igualdad de dignidad por el hombre y la mujer”⁽⁶⁴⁾ la promoción de los derechos de la mujer tendrá un fundamento sólido, basado en auténticas relaciones de justicia.

El respeto a esta igualdad fundamental preservará el “genio femenino”, que se ha sintetizado como “la capacidad para acoger, para atender al hombre, para generar la vida”⁽⁶⁵⁾, que hace más humanas y cálidas las relaciones interpersonales dentro del hogar y en las demás esferas de la vida social. Igualdad en lo

(60) Cfr. Apartado 1 ut supra.

(61) Exp. N° 05652-2007-PA/TC, f. j. 19.

(62) “Lo justo es tratar a todos por igual en lo que son iguales y de modo diferente –pero proporcional, esta es la clave– en lo que son diferentes”. HERVADA, Javier, ANDRÉS MUÑOZ, Juan. *Guía de los estudios universitarios. Derecho, Ciencias de la Educación. Guías de los Estudios Universitarios*, Pamplona y Ediciones Universidad de Navarra, EUNSA, 1984, p. 46.

(63) PACHECO ZERGA, Luz, “La protección de la mujer trabajadora en el Ordenamiento peruano”. *Gaceta Jurídica*, N° 120, 2003, p. 19.

(64) JUAN PABLO II, *Compromiso por la promoción de la mujer* (30.I.12).

(65) Ídem.

fundamental y equidad en la diversidad; esta puede ser la síntesis de la regulación jurídica respecto a los derechos de la mujer en la familia y en el trabajo. La protección a la mujer trabajadora es ahora a la madre y al padre trabajadores, que son cotitulares de los derechos-deberes que trae consigo la formación de una familia.

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

Del concepto jurídico de familia se siguen consecuencias vitales para la formación ética de los ciudadanos. En algunos países ha devenido en un término equivoco, pero en la mayoría, existe una relación directa entre matrimonio y familia, que son reconocidos como institutos naturales. En consecuencia, sus propiedades y fines, así como el conjunto de derechos y deberes que originan no son concesiones legislativas sino exigencias de justicia fundadas en la misma naturaleza humana, que ningún Estado puede ignorar, restringir o despreciar arbitrariamente.

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

Existe un movimiento jurídico internacional promovido por organismos e instituciones supranacionales, que han logrado comprometer a los Estados en la tarea de conseguir la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres, que comprende tanto el acceso al empleo como su permanencia. La igualdad de oportunidades no equivale a convertir una sociedad sexuada en una asexuada. La diferencia varón-mujer no es social sino ontológica. Y esta diversidad del modo de ser y de obrar se orienta a la mutua complementariedad en la vida familiar, social y laboral. De allí que la titularidad de los derechos laborales en orden a cumplir con las obligaciones familiares debe tener en cuenta las competencias específicas e insustituibles de cada sexo. No se trata de uniformizar sino de discriminar adecuadamente con criterios de proporcionalidad. En consecuencia, al cumplir la mujer la función natural propia de la maternidad, que exigen la guarda y custodia de la vida, le corresponde una constitución biológica y un ritmo de vida y trabajo distintos a los del

varón. Por lo tanto, los Ordenamientos jurídicos deben reflejar estas diferencias naturales para poder lograr un trato justo.

La discriminación contra la mujer en los instrumentos internacionales prohíbe tanto las diferencias de trato intencionadas como las no intencionadas. Son normas imperativas que, de acuerdo al Derecho Internacional, no admiten disposición en contrario. Así se deduce de los principios generales contenidos en la costumbre y en los tratados y en la jurisprudencia internacional. De allí que el Derecho del Trabajo otorgue una protección particular a la trabajadora embarazada, estableciendo figuras como el fuero maternal, que impiden el despido o la no renovación del contrato de trabajo. Esta protección condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empleador. En nuestro país es un tema pendiente.

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

Finalmente, ante la situación de discriminación histórica en perjuicio de la mujer, el Estado está obligado a adoptar “medidas de acción positiva de carácter temporal, encaminadas a acelerar la igualdad de hecho entre la mujer y el hombre, las que no se considerarán discriminatorias”⁽⁶⁶⁾. Esta facultad de “discriminación inversa” debe ser prudentemente ejercida a fin de no incurrir en nuevas discriminaciones, como sería preferir la contratación de una persona en un puesto no por su capacidad para realizar el servicio o la obra que se requiera, sino por factores sociológicos como sería el sexo. Por eso, las cuotas de preferencia para el empleo femenino son cuestionables cuando establecen una preferencia solo por razones históricas, sin tener en cuenta la calificación de la candidata. Cuestión distinta es, si en igualdad de méritos entre varones y mujeres, se prefiere a estas últimas a fin de corregir la discriminación histórica. Lo contrario –elegir a una mujer solo por el hecho de serlo, aun cuando tenga menor preparación o méritos que un varón– crea una nueva discriminación injusta, que será origen de futuros antagonismos. En cambio, cuando la diversidad de trato obedece a razones de equidad es factible lograr la justicia y con ella el desarrollo y la paz social.

Nos corresponde conocer y velar cada uno desde su lugar de trabajo, para que los planes de igualdad de género que han empezado este quinquenio no desvirtúen los valores constitucionales que identifican a la nación peruana.

Lima, 15 de setiembre de 2012

(66) Ley 28983, art. 4.2.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO OLEA, Manuel. “Derecho del honor y despido.” *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Civitas 2001, 279-284.
- “El trabajo de la mujer en el Derecho Español” *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Nº 72 (1995): 165-176.
- ALVIRA DOMÍNGUEZ, Rafael. *El lugar al que se vuelve. Reflexiones sobre la familia*. Pamplona, EUNSA, 1998.
- BURGGRAF, Jutta. *La ideología postfeminista de género* almudi.org, 23.V. 2007 [14. IX. 2012]. disponible en: <<http://www.almudi.org/Inicio/tabid/36/ctl/Detail/mid/386/aid/604/paid/0/Default.aspx>>.
- BUTTIGLIONE, Rocco. *La persona y la familia*. Traducido por Antonio Esquivias. Madrid: Palabra, 1999.
- CASTILLA Y CORTÁZAR, Blanca. *Persona y género. Ser varón y ser mujer*. Barcelona: Ediciones Internacionales Universitarias, 1997.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. 9ª ed. II vols. Vol. II. Lima: Gaceta Jurídica, 1998.
- d’ORS, Álvaro. *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo. Cuadernos*. Madrid: Civitas, 1995.
- DONATI, Pierpaolo. “El significado del trabajo en la investigación sociológica actual y el espíritu del Opus Dei”. *Romana Estudios* 1985-1996 (1996): 317-332.
- *Manual de sociología de la familia*. Traducido por Manuel Herrera Gómez y Sonia Pagés Luis. Editado por Instituto de Ciencias para la Familia. Pamplona: EUNSA, 2003.
- ENNECCERUS, Ludwig / KIPP, Theodor/ WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*. Traducido por Blas Pérez González y José Alguer. 2ª castellana y 20ª alemana ed. V vols. Vol. IV, *Derecho de Familia (Vol. I)*. Barcelona: Bosch, 1979.
- ESCRIVÁ DE BALAGUER, Jose María. *Camino* (1ª (1939)) (Rialp, 26.I.2011). ubicable en: <http://www.escrivaobras.org/book/camino-indice_materias-225.htm>.
- FORNÉS, Juan. “Matrimonio y uniones de hecho”. *Ius Canonicum* XL, Nº 80 (2001): 395-411.
- GONZÁLEZ, Ana Marta. *Naturaleza y dignidad*. Pamplona: EUNSA, 1996.
- HERVADA, Javier. *Cuatro lecciones de Derecho Natural. Parte especial*. 4ª ed. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1998.
- HERVADA, Javier, ANDRÉS MUÑOZ, Juan. *Guía de los estudios universitarios. Derecho, Ciencias de la Educación. Guías de los Estudios Universitarios*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA), 1984.

- JUAN PABLO II. *Compromiso por la promoción de la mujer* vatican.va, 15.IX.12.1999 [30.I.2012]. Disponible en: <http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/audiences/1999/documents/hf_jp-ii_aud_24111999_sp.html>.
Familiaris consortio. Ciudad del Vaticano, 1982.
Laborem exercens. Castelgandolfo: vatican.va, 1981.
- LLANO CIFUENTES, Alejandro. "Universidad, Verdad y Libertad". en: *Forum UNIV 2004*, editado por Instituto per la Cooperazione Universitaria. Publicada en: forum-niv.org, 2004.
- MANUELA RAMOS. *Ley de igualdad de oportunidades de mujeres y hombres* Movimiento Manuela Ramos, 2008 [14.IX.2012]. disponible en: <<http://www.manuela.org.pe/wp-content/uploads/2007/06/57214506-Ley-de-Igualdad-de-Oportunidades-entre-mujeres-y-hombres.pdf>>.
- MARÍAS, Julián. *La mujer en el siglo XX*. 4ª ed, *Humanidades*. Madrid: Alianza Editorial, 1980.
- MARÍN ALONSO, Inmaculada/ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. *Familia y trabajo: el régimen jurídico de su armonización*. Murcia: Laborum, 2001.
- MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, José Luis. "La familia en la Constitución española." *Revista Española de Derecho del Trabajo* 58 (2000): 11-43.
- OLLERO, Andrés. *Derechos humanos y metodología jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- PACHECO ZERGA, Luz. "La protección de la mujer trabajadora en el Ordenamiento peruano." *Gaceta Jurídica*, N° 120 (2003): 13-26.
- RODRÍGUEZ, Pedro. "La responsabilidad de los cristianos en la vida universitaria. Consideraciones acerca de la relación entre naturaleza y cultura". *Scripta Theologica* XXXIII, N° 1 (2001): 161-182.
- SANCIÑENA, Camino. "La ficticia igualdad del matrimonio y las uniones de homosexuales". *JuS Doctrina & Práctica*, N° 4 (2008): 165-181.
- SERNA BERMÚDEZ, Pedro. "Reivindicación europea de la familia. Una interpretación". *Iustitia* LXXII, N° 3-4 (1994): 261-279.
- VILADRICH, Pedro- Juan. *Agonía del matrimonio legal. Una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio, División Interdisciplinaria para la Familia (DIF)*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1984.
- ZUBIRI, Xavier. *Sobre el hombre*. Madrid: Alianza editorial, 1986.



SEGUNDO TEMA

RELACIONES SINDICALES