



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

CONSIDERACIONES SOBRE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD

Susana Mosquera-Monelos

Perú, junio de 2015

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho



Esta obra está bajo una [licencia](#)
[Creative Commons Atribución-](#)
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

I. La edad como factor con relevancia jurídica

Interesa comenzar este breve trabajo aclarando que no es su propósito analizar todos los argumentos que el TC ha dado en relación al examen de constitucionalidad al que ha sometido a la Ley de Reforma Magisterial, sino únicamente los referidos al art. 53, d) de dicha ley que dispone: “El retiro de la Carrera Pública Magisterial de los profesores se produce en los siguientes casos: (...) d) Por límite de edad, al cumplir los 65 años”. Quienes han planteado la acción que ha llevado al Alto Tribunal a analizar la constitucionalidad de esta norma han considerado que el establecimiento de una fecha de retiro inferior en 5 años a la que está establecida para el resto de funcionarios afecta al derecho en igualdad de trato que deberían recibir todos los funcionarios públicos. El Tribunal ha dado una respuesta negativa a la pretensión formulada con argumentos que tienen alguna que otra fisura, como bien ponen de manifiesto los magistrados Miranda Canales y Blume Fortini en sus respectivos votos singulares. Por lo que a continuación se ofrece una visión personal sobre los temas que habría podido analizar el Tribunal Constitucional peruano.

Aunque resulta una obviedad decirlo, la edad es un factor con una relevancia jurídica indiscutible. Muchos son los derechos y obligaciones que están condicionados por razón de edad: el voto, la capacidad para contraer matrimonio, la extinción de la patria potestad, la posibilidad de ingresar al mercado laboral de modo lícito, la obtención del permiso de conducir, la capacidad de obrar, la responsabilidad penal, y también en lo que ahora nos afecta para el estudio del caso, la extinción de las relaciones laborales se produce por cumplimiento de una determinada edad.

La lucha por unas condiciones de trabajo dignas, la jornada de 8 horas, la prohibición del trabajo de niños y ancianos, son algunas de las iniciales reivindicaciones sindicales y marcan la huella de identidad de lo que será el derecho del trabajo como disciplina jurídica. Pero la cuestión sobre la edad a la que un trabajador puede dejar de serlo viene condicionada por otro elemento, una variable que entra en juego en una segunda etapa de desarrollo del estado de derecho, que lo transforma en estado social de derecho. Cuando la Alemania de Bismarck regula para evitar las más graves crueldades del capitalismo industrial a fines del



S.XIX lo hace incluyendo en la política del estado un sistema de pensiones para inválidos, huérfanos, viudas, y para los trabajadores que abandonan su vida laboral activa. El sistema de pensiones es por tanto el que viene a determinar a qué edad un trabajador puede dejar de serlo. Este es un dato relevante y muy significativo para el contexto de debate sobre el retiro forzoso a los 65 años, que el Tribunal Constitucional debería haberse planteado para analizar la constitucionalidad de la Ley de Reforma Magisterial, pero este argumento no sale en el análisis que hace el Tribunal. Sin embargo es fácil encontrar en la realidad peruana a personas de avanzada edad que siguen trabajando.

La razón última por la que un trabajador reivindica prolongar su vida laboral activa puede tener en la práctica dos razones básicas: el elevado nivel de experticia alcanzado en el desempeño de su trabajo que anima a ese trabajador a seguir compartiendo sus conocimientos con generaciones futuras¹; o bien, la necesidad de ganarse la vida del modo más esencial, pues se trata de un trabajador sin cobertura social para su jubilación, o la que tiene es demasiado baja. ¿Está alguno de estos factores en el debate que plantean los accionantes al objetar la constitucionalidad de la Ley de Reforma Magisterial?

Lo cierto es que Naciones Unidas lo ha dicho muchas veces, “envejecerse es empobrecerse” y eso se intensifica cuando trasladamos ese concepto a la situación que tienen las personas mayores en los países en vías de desarrollo. En noviembre de 2014 la Dirección Regional sobre Población y Desarrollo de América Latina y Caribe (CEPAL) presentó en Santiago de Chile un informe de gran relevancia titulado: “La nueva era demográfica en América Latina y el Caribe: la hora de la igualdad según el reloj poblacional”. Señala entre otras cosas CEPAL que América Latina ya no es una sociedad juvenil, que desde 1950-55 la esperanza de vida se ha incrementado en más de 23 años y eso tiene importantes consecuencias en dos sectores: educación y pensiones. Dos temas que interesan mucho para entender el análisis que el TC podría haber hecho a la cuestión del retiro forzoso previsto en la Ley de Reforma Magisterial para los profesores que cumplan los 65 años. CEPAL en su informe considera que América Latina está en un momento excelente para superar la brecha de desigualdad social que todavía arrastra puesto que vive bajo un bono demográfico positivo

¹ En España profesores universitarios, jueces, fiscales, registradores de la propiedad pueden posponer su jubilación hasta los 70 años, siendo la edad de jubilación general a los 65.

(pocos niños muchos adultos, pocos ancianos) que le permite invertir una ratio mayor en educación, tiene mucha población en edad activa, y debe hacer poco gasto en pensiones. Financiar educación de calidad para todos es uno de los objetivos a los que apunta este informe.

Sin embargo, este bono demográfico tiene un marco temporal para ser utilizado pues como ya se ha visto en otras sociedades, la tendencia al envejecimiento es inevitable y a una población envejecida hay que atenderla de modo más directo pues aumenta su tasa de dependencia². Japón fue la primera gran economía envejecida ya en los años 90. En 2010 eran casi 20 las economías europeas que se encontraban en esa situación. Las economías envejecidas tienen que incrementar los gastos en pensiones al mismo tiempo que asisten a una reducción de la población activa que pueda financiarlas. De ahí que la tendencia más reciente sea la de aumentar la edad de jubilación para una gran franja de población: justamente lo contrario que propone el legislador peruano³.

II. Discriminación y diferenciación

La decisión del legislador peruano de adelantar la edad de retiro obligatorio para los funcionarios públicos que se desempeñan como profesores en centros educativos públicos no es coherente con la tendencia que se observa en otras realidades jurídicas y desaprovecha la oportunidad de elevar la ratio de inversión en educación que recomienda el informe de CEPAL mencionado: más profesores (los que ya hay, junto con los que se incorporen con una política activa de creación de plazas docentes) con menos alumnos (como expresa la tendencia demográfica) ayudaría a elevar nivel en la enseñanza. Pero además, la decisión tiene un serio cuestionamiento en cuanto al modo en que trata a un tipo concreto de funcionarios en relación a los demás, pues impone para los funcionarios que se desempeñan

² Sobre el particular véase, MOSQUERA MONELOS, S. *El papel de las ONG en la atención a la dependencia*. Servicio de Publicaciones da Universidade de A Coruña. 2008

³ Como ejemplo en España el Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, aprueba una serie de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo.



como docentes una edad de retiro obligatorio 5 años antes de la que se establece para el cuerpo de funcionarios en general.

Ya se ha señalado la importancia de la edad para el derecho; también es cierto que la edad puede ser objetivamente considerada como un factor para el cese laboral, bien porque se produce una reducción de la productividad del trabajador, bien por enfermedad, por reducción en la capacidad cognitiva, reducción en la fuerza física o la resistencia, o por dificultades en la capacidad de adaptación o actualización laboral. Todos estos pueden ser factores que justifiquen un trato diferente por razón de edad al trabajador en un caso concreto, pero lo que el derecho internacional de los derechos humanos ha dejado bien claro en materia de igualdad es que: “las clasificaciones fundamentadas en supuestas características de grupo o las estereotipadas no están permitidas”⁴. Se puede considerar el paso a la situación de retiro de un trabajador cuando hay una justificación objetiva y razonable⁵ pero de nuevo es la ONU quien señala que es necesario combatir los estereotipos sobre trabajadores mayores, especialmente aquellos que se refieren a que los trabajadores mayores obstaculizan el ingreso de sus colegas jóvenes al mercado laboral.

Resulta singularmente útil la apreciación de Bobbio que se aproxima al concepto de igualdad desde el de libertad y así señala que: “(...) la dificultad de establecer el significado descriptivo de la “igualdad” estriba sobre todo en su indeterminación, de modo que decir que dos entes son iguales, sin otra determinación, nada significa en el lenguaje jurídico si no se especifica de qué entes se trata y respecto a qué cosa son iguales, es decir, si no se está en condiciones de responder a dos preguntas: a) ¿Igualdad entre quiénes?, b) ¿Igualdad en qué?”⁶. O como lo entiende el TEDH cuando dice que el derecho de igualdad es un derecho parasitario o derecho relacional que se apoya en otros derechos para determinar si al caso concreto se le trata con igualdad o no. Ese ha sido siempre el gran problema del operador jurídico: definir la igualdad es absolutamente sencillo, pero asegurar su efectividad evitando la discriminación lleva a una sofisticada labor de ponderación.

⁴ Interpretación constante de los relatores especiales de Naciones Unidas sobre igualdad.

⁵ Como insiste el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cada vez que habla de igualdad.

⁶ BOBBIO, N. Igualdad y libertad. Paidós ICE. UAB. Pensamiento contemporáneo 24. Barcelona. 1993, pp. 33 y ss.

Los documentos internacionales de derechos humanos han sido muy activos a la hora de regular la discriminación, que aparece como elemento a evitar en la Declaración americana y universal de los derechos humanos de 1948, y que es tema principal del primer convenio internacional especial de 1965 sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial⁷. También la OIT ha tomado en cuenta la discriminación en el ámbito laboral y en 1958 presentó su Convención sobre discriminación en materia de empleo y ocupación. Que en su artículo 5° permite la diferenciación de trato por razones justificadas (entre ellas la edad) cuando tiene como objetivo proteger de modo especial a los destinatarios de dichas medidas. Es decir, que se puede dar un trato diferente (incluso a través de fórmulas de discriminación positiva) a ciertos colectivos (mujeres embarazadas, personas discapacitadas, adultos que acceden a derechos pensionarios).

Pero sin lugar a dudas ha sido en el ámbito del derecho comunitario europeo en donde se ha dado con mayor intensidad una protección contra la discriminación laboral con dos directivas⁸ que van directas a la raíz del problema y que protegen expresamente contra la discriminación por razón de edad. Directivas muy eficaces por cierto, como lo demuestra las sanciones que reciben los estados que no las aplican adecuadamente. Prueba de ello son los procedimientos de infracción más recientes incoados contra dos Estados miembros (Hungría, por la Directiva 2000/78/CE en 2012, y Finlandia, por la Directiva 2000/43/CE en 2013). El caso húngaro está relacionado con un tema directamente relacionado con este trabajo, el descenso de la edad de jubilación obligatoria de los jueces, fiscales y notarios; el segundo, con las competencias insuficientes del organismo nacional de promoción de la igualdad, a tenor de lo dispuesto en la Directiva 2000/43/CE. El TJUE falló que Hungría no había dado cumplimiento a la Directiva 2000/78/CE debido al significativo descenso de la edad de jubilación obligatoria para los jueces, fiscales y notarios (Sentencia de 6 de noviembre de

⁷ El Convenio de la UNESCO relativo a la lucha contra la discriminación en la enseñanza de 1960, el Convenio para la eliminación de todo tipo de discriminación contra la mujer de 1976, son expresión de ese interés especial que el derecho internacional de los derechos humanos tiene en relación a la protección contra la discriminación.

⁸ Directiva del Consejo 2000/43/EC de 29 de junio de 2000 que establece un trato igual sin consideración de origen étnico o racial; y Directiva del Consejo 2000/78/EC que establece un marco general para el trato igualitario en el trabajo y la ocupación.



2012 en el asunto C- 286/12, Comisión/Hungría). Tras la sentencia, Hungría aprobó la ley T-9598 el 11.3.2013, a fin de asegurar el cumplimiento de la Directiva y, de este modo, el procedimiento pudo concluirse el 20.11.2013. Vemos que la discriminación por razón de edad existe y que el derecho ha puesto en marcha mecanismos para luchar contra ella.

III. ¿Puede el retiro obligatorio ser discriminatorio?

Siendo esa la tendencia en derecho internacional comparado es posible afirmar que las disposiciones que establecen una edad obligatoria de retiro pueden encerrar en su interior un trato discriminatorio, como lo constatan los procesos seguidos en ese sentido ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y también ante el Comité de derechos humanos que controla la aplicación del Pacto Internacional de derecho civiles y políticos. El Comité de derechos humanos ya tuvo oportunidad de pronunciarse en un caso de esta naturaleza en relación al Perú⁹. El autor era funcionario de la Superintendencia Nacional de Aduanas (SUNAD). En virtud del Decreto Supremo No. 043-91-EF del poder ejecutivo dispuso la reorganización del organismo, que incluía, entre otros aspectos, una reducción de la plantilla. En ese marco, la SUNAD expidió la resolución No. 6338, de 5 de septiembre de 1991, en la que declaró prescindibles a varios funcionarios y ordenó el cese en sus cargos con arreglo a dos criterios: la antigüedad en el servicio (25 años o más las mujeres y 30 años para los hombres) y el límite de edad (55 años o más para las mujeres y 60 años para los hombres). El autor, de 61 años de edad y 11 de servicio, era uno de esos funcionarios. El Comité analiza las circunstancias concretas y concluye que no hubo trato discriminatorio dado que el autor no fue el único funcionario que perdió su empleo, sino que otros trabajadores de la SUNAD corrieron la misma suerte por causas de reestructuración de la entidad¹⁰. Es decir, que en este caso no hubo, pero puede haber discriminación por edad cuando no se ofrecen razones objetivas para el pase a retiro.

Esto es, ¿qué sucede cuando se niega un derecho que es acordado a otros? Con la validación constitucional que el TC ha dado a la Ley de Reforma Magisterial, los únicos

⁹ Comunicación N° 1016/2001. Rubén Santiago Hinostroza Solís v. Perú, 27 de marzo de 2006.

¹⁰ El Estado parte señala que dicha reestructuración tenía su origen en el Decreto Supremo, de 8 de enero de 1991, por el que el Poder Ejecutivo declaró en reorganización a todas las entidades públicas. Los criterios para seleccionar a los trabajadores cuyos contratos serían suprimidos se establecieron con arreglo a un plan de aplicación general.

funcionarios que han visto aplicar una reducción de su vida laboral son los que se desempeñan en el ámbito educativo por lo que se plantea la necesidad de verificar con detalle si el análisis sobre discriminación que ha realizado el TC es el correcto¹¹. Cuando el alto tribunal vuelve el término de comparación y ofrece detalles sobre sus características, entiende bien qué significa comparar, pero no aplica esa figura donde corresponde. Dos opciones tenía el término de comparación en este caso: los funcionarios docentes con relación a los demás funcionarios; o bien, los docentes en centros públicos en relación a los docentes en centros privados. En ambos casos, son solo los funcionarios que se desempeñan como docentes en centros públicos los que tendrán una edad de retiro obligatorio más estricta en aras a lograr que el “niño reciba una enseñanza óptima” y a posibilitar “el incremento de oportunidades de acceso a la carrera docente para los más jóvenes”.

Dos propósitos legítimos que bien podrían ser elementos para justificar un trato diferenciado hacia los funcionarios que se desempeñan como docentes si en ellas hubiese razones objetivas que pudiesen hacer frente a un test de proporcionalidad mínimo aplicado a la medida restrictiva que se esconde en la obligada edad de retiro a los 65 años. ¿Puede garantizarse que todos los funcionarios que se desempeñan como docentes mayores de 65 años serán peores profesores que aquellos funcionarios jóvenes que los reemplacen? ¿El niño no va a recibir la enseñanza óptima de un profesor de 66 años que trabaje en un centro educativo dependiente del Ministerio de Educación, pero sí la puede recibir de un docente de un centro privado de igual edad? Dice el TC que la diferencia de trato se fundamente “en la naturaleza de la actividad que desempeña el profesor de colegio” y en “la sencilla razón de que el proceso de envejecimiento humano implica un natural y progresivo decaimiento de las funciones físicas y mentales”, sin dar explicaciones objetivas que señalen la razón que lleva a excluir al grupo de funcionarios de 65 a 70 años de entre los óptimos para el desempeño de

¹¹ En el caso del Sr. Hinostroza Solís v. Perú el Comité de Derechos Humanos entiende que no ha habido discriminación justamente porque la política de reestructuración de los servicios públicos afectó a prácticamente todos los funcionarios del estado.



la labor formadora de los niños¹². Cuando además, los informes y datos ya mencionados demuestran justamente lo contrario, que la población no envejece ya a los 65.

Seguramente todo el mundo tiene algún ejemplo de entrañables profesores mayores, casi ancianos, que desempeñan con excelencia su labor con vocación, y profesores jóvenes a los que la inexperiencia lleva a cometer errores en el manejo del aula. La razón que ofrece el tribunal para aceptar la constitucionalidad de la norma que permite variar la edad de jubilación forzosa de los funcionarios que se desempeñan como docentes a los 65 años, frente a la regla general de retiro de los funcionarios a los 70 no convence porque en realidad pone como excusa el bien del alumno, cuando en realidad está buscando otro objetivo diferente: sacar rentabilidad a las plazas amortizadas. El retiro forzoso como política de creación de empleo es una forma de acoso prohibido por las normas laborales internacionales. Especialmente grave cuando los únicos funcionarios sobre los que se aplica esa dudosa fórmula de creación de empleo, es sobre los que se desempeñan como docentes. El término de comparación permite hablar en este caso de un trato injustificadamente diferente para este grupo concreto de funcionarios¹³.

Respecto al segundo término de comparación, el que podría haber surgido entre docentes en centros privados y funcionarios docentes en centros bajo control estatal, nada dice el TC sobre la situación de los profesores en centros educativos privados y a qué edad pueden o deben retirarse, se entiende que escapan de su ámbito de control, sin embargo recuerda que la educación en Perú tiene la consideración de servicio público¹⁴. Una incoherencia importante puede observarse en un modelo que describe como servicio público, y por tanto bajo supervisión del estado, a la educación y aplica como medida para garantizar su calidad la expulsión obligatoria de los docentes que hayan alcanzado la edad de 65 años, pero solo en el caso de que dichos docentes formen parte de la cuota de funcionarios públicos. El agravio comparativo que se produce entre sector educativo público y privado debe llevar

¹² Es bien cierto que una edad límite que resulta ser una exigencia genuina y determinante de una ocupación puede estar justificada. TJUE. C-229/08 Colin Wolf v. Stadt Frankfurt am Main.

¹³ Y resulta excepcionalmente contradictorio con la tendencia que ofrece el derecho comparado donde podemos presenciar el ejemplo contrario con normas que posponen el proceso de jubilación para evitar el colapso de los sistemas contributivos.

¹⁴ Calificación que cuestiona el magistrado Sardón en su voto al considerar de muy graves las consecuencias que puede tener el calificar de “servicio público” a la educación.

a la conclusión de que nuevamente el término de comparación aplicado por el Tribunal no supera el test de razonabilidad. Pero es que además resulta un término de comparación excepcionalmente injusto cuando los datos de jubilación forzosa por cumplimiento de la edad se cruzan con los datos del beneficio pensionario concedido a ese trabajador. La posibilidad de que tenga la necesidad de seguir trabajando “informalmente”, es un hecho que muy probablemente conoce el operador jurídico.

El informe CEPAL presentado a fines del año pasado muestra una tendencia clara en la evolución demográfica de la sociedad peruana, un estancamiento en los nacimientos y un aumento en la franja de población de más edad. Si esa tendencia se mantiene será la misma fuerza de los hechos la que obligue al operador jurídico a revisar las normas para posponer nuevamente la edad de retiro. Pero en el momento actual es necesario hacer un llamado a las autoridades para que con los datos y la experiencia que ofrece la comparación, apliquen medidas preventivas que eviten futuras lesiones.

