



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

EL DESPIDO DISCRIMINATORIO DE UNA MUJER EMBARAZADA. LA RUTA HACIA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

Luz Pacheco-Zerga

Lima, octubre de 2009

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

La protección de la maternidad y, por tanto, de la mujer embarazada en el ámbito laboral es uno de los pilares para que la igualdad de oportunidades entre varones y mujeres no se reduzca a una mera declaración de buenas intenciones. De allí que la STC Exp. N° 05652-2007-PA/TC del 6 de noviembre de 2008 constituya un hito en esta senda, porque el Tribunal Constitucional (TC) ha consolidado la tutela judicial efectiva de la mujer embarazada que sufrió un despido discriminatorio encubierto por la no renovación contractual de sus servicios.

Sin lugar a dudas, es innegable la necesidad de desterrar la discriminación en perjuicio de la mujer en la vida laboral. A la vez, la tutela jurisdiccional no puede convertirse en una sobreprotección que vulnere los derechos de la otra parte de la relación laboral, es decir, del empleador que por un principio elemental de seguridad jurídica tiene que normar su conducta y sus planes empresariales de acuerdo con el ordenamiento vigente. La igualdad de oportunidades exige que no se deje indefensa ni a la mujer embarazada ni al empresario que, de buena fe, ofrece trabajo y contribuye al desarrollo social con sujeción a la normativa laboral vigente. Por eso, la identificación de los supuestos de actuación discriminatoria del empresario resulta esencial para erradicar esta práctica abusiva.

Por otro lado, tampoco se debe perder de vista que “la igualdad formal jurídica entre hombres y mujeres parte de la realidad de las diferencias sustanciales entre ellos por razón del sexo. Se trata de eliminar las diferencias o los roles asignados por una tradición discriminatoria, pero no de convertir una sociedad sexuada en asexuada”.¹ De allí que sea necesario una ponderación equilibrada para poder trazar una ruta equitativa en este campo.

El TC, con motivo de la STC Exp. N° 05652-2007-PA/TC del 6 de noviembre de 2008, realiza un exhaustivo análisis de la acción estatal y supranacional a favor de la igualdad de trato y de oportunidades entre el varón y la mujer en las que respalda su decisión. La trascendencia de las cuestiones abordadas por el Tribunal justifica volver sobre este tema, pero con matices nuevos porque, una vez más, el Derecho del Trabajo se presenta como esa atalaya de la que hablaba el maestro Alonso Olea, que

¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel. “La nueva dimensión de la igualdad y la transversalidad de las políticas de género”. En: *Relaciones Laborales*. 2001, pp. 67-77.



permite dirigir la vista “a todo el ordenamiento o a zonas amplísimas del mismo, de forma que el ordenamiento se reinterpreta desde la disciplina particular”.²

I. OBJETO DE LA DEMANDA DE AMPARO

La acción de amparo fue iniciada por una ex trabajadora de la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana (SBLM), para solicitar que se deje sin efecto el despido discriminatorio del que habría sido objeto y se ordene su reposición, con el abono de las remuneraciones dejadas de percibir. La demandante ingresó a laborar en la SBLM como apoderada judicial de la Oficina de Asesoría Jurídica mediante contratos de servicios no personales, desde el 1 de diciembre de 2001 hasta el 24 de mayo de 2004. En consecuencia, entiende que al haber acumulado más de un año de servicios ininterrumpidos le resulta aplicable la Ley N° 24041. Además, considera que ha sido objeto de despido discriminatorio por razón de sexo, porque había comunicado a la SBLM que estaba embarazada y que, por esa razón, esta puso fin a la relación laboral.

Por su parte, el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social contestó la demanda manifestando que no hubo despido sino, más bien, extinción de contrato de trabajo porque el 30 de junio de 2004 había vencido el plazo de duración de su contrato de servicios no personales. A este argumento añadió la no aplicación de la Ley N° 24041, porque no había ingresado a la carrera administrativa mediante concurso público conforme lo establece el Decreto Legislativo N° 276.

Por su parte, la SBLM opuso las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa y de prescripción, además declaró no conocer la situación de embarazo de la demandante y, finalmente, que no era aplicable la Ley N° 24041 porque la demandante fue contratada mediante contratos de servicios no personales.

El Quincuagésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declaró infundadas las excepciones propuestas y fundada en parte la demanda, en el extremo que solicita la reposición de la demandante, porque se acreditó que fue contratada para realizar labores de naturaleza permanente por más de un año ininterrumpido. En consecuencia, consideró aplicable el artículo 1 de la Ley N° 24041. Asimismo,

² ALONSO OLEA, Manuel. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Sexta edición, Civitas, Madrid, 2002, p. 26.

declaró infundada la demanda en el extremo que solicitaba el pago de las remuneraciones dejadas de percibir.

La Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima revoca el fallo de primera instancia y declaró fundada la excepción de caducidad³ e improcedente la demanda, por estimar que la demandante interpuso la demanda cuando el plazo establecido en el artículo 44 del Código Procesal Constitucional había transcurrido en exceso.

II. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

El TC consideró necesario abordar cinco cuestiones relacionadas con la igualdad para poder determinar la existencia de un despido discriminatorio por razón de sexo, motivado por el embarazo y consiguiente maternidad de la recurrente⁴:

- a. La igualdad de derechos de hombres y mujeres en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
- b. La igualdad y obligación de no discriminación.
- c. La protección internacional de la mujer y sus derechos humanos.
- d. La discriminación y la igualdad en materia laboral.
- e. La discriminación por razón de sexo: el embarazo.

A continuación presentaremos un breve resumen de cada una de ellas.

1. La igualdad de derechos de hombres y mujeres en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

A la luz de los principios generales, basados tanto en la costumbre como en los tratados internacionales, que han sido interpretados y aplicados por los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, la Corte Internacional de Justicia, los Comités de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y, especialmente, por la legislación y jurisprudencia de los países miembros de la ONU⁵, el TC afirma que en el ordenamiento supranacional “la igualdad de los hombres y de las mujeres, así como la prohibición de discriminación contra la mujer,

³ No ha sido posible acceder a la sentencia, pero hacemos notar la contradicción que existe en la excepción planteada y en la amparada, porque mientras la SBLM plantea la de *prescripción*, la Sala declara fundada la de *caducidad*.

⁴ F. j. 9.

⁵ Cfr. ff. jj.10-13.



son normas imperativas del Derecho Internacional (*ius cogens*) que no admiten disposición en contrario, de acuerdo con el artículo 53 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969”.⁶

2. La igualdad y obligación de no discriminación

El TC precisa que “la obligación de no discriminación no debe confundirse con el derecho de toda persona a ser tratada igual ante la ley, tanto en la formación de la norma como en su interpretación o aplicación”.⁷ A la vez, reconoce que “la no discriminación y la igualdad de trato son complementarias, siendo el reconocimiento de la igualdad el fundamento para que no haya un trato discriminatorio. De esta forma, la igualdad de las personas incluye: a) el principio de no discriminación, mediante el cual se prohíbe diferencias que no se pueda 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”.⁸ 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”.⁹

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.¹⁰ 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. La igualdad en estos casos, y en otros semejantes, debe ser entendida como

⁶ F. j. 14.

⁷ F. j. 16.

⁸ F. j. 18.

⁹ F. j. 19.

¹⁰ “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 y ANDRÉS MUÑOZ, Juan. Guía de los estudios universitarios. Derecho, Ciencias de la Educación. Guías de los Estudios Universitarios. Universidad de Navarra, Eunsa, Pamplona, 1984, p. 46.

equidad, que equivale a proporcionalidad, ya que la justicia consiste en dar a cada uno lo suyo y lo suyo, en este caso, es distinto por naturaleza”.¹¹

3. La protección internacional de la mujer y sus derechos humanos

En este campo 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.¹² El artículo 1 de la CEDM define la discriminación contra la mujer en tales términos¹³, que de ellos puede deducirse que “cubre tanto la igualdad de oportunidades (igualdad formal) como la igualdad de resultados (igualdad de facto). Asimismo, puede deducirse 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 son titulares”¹⁴.

Podemos concluir, entonces, que la tendencia del Derecho Internacional se orienta a la protección objetiva de la mujer, dejando en un segundo plano la intencionalidad del empresario. Apreciamos que se ha producido una evolución similar a la que se dio a comienzos del siglo pasado con relación a la responsabilidad del empresario en los casos de accidentes profesionales¹⁵.

¹¹ PACHECO ZERGA, Luz, “La protección de la mujer trabajadora en el ordenamiento peruano”. En: *Gaceta Jurídica*. N° 120, 2003, p. 19.

¹² F. j. 22.

¹³ “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”.

¹⁴ F. j. 25.

¹⁵ Sobre la responsabilidad del empresario frente a sus trabajadores, ver ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia. *Derecho del Trabajo*. Vigésimo tercera edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 398.



Por otro lado, ante la situación de discriminación histórica en perjuicio de la mujer “los Estados pueden aplicar medidas positivas de carácter correctivo mientras persistan las desigualdades”.¹⁶ En esta línea, el TC en la sentencia recaída en el Exp. N° 0001/0003-2003-AI/TC ha destacado que es deber del Estado ser el promotor de la igualdad sustancial entre los individuos mediante “acciones positivas” o “de discriminación inversa”¹⁷. Esta acción estatal debe ser prudentemente, ejercida a fin de no incurrir en nuevas discriminaciones, como sería preferir la contratación de una persona en un puesto no por su capacidad para realizar el servicio o la obra que se requiera, sino por factores sociológicos al margen de las prestaciones conmutativas a las que se obligan las partes del contrato de trabajo. Por tanto, es en este marco que se debe interpretar la STC Exp. N° 05652-2007-PA/TC.

En la sentencia bajo comentario se pone de manifiesto el deber del Estado y de los particulares de reconocer en la práctica laboral que las mujeres:

- Tienen los mismos derechos y responsabilidades que los hombres durante el matrimonio y con ocasión de su disolución y como progenitores, cualquiera que sea su estado civil.¹⁸

- También tienen los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.¹⁹

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

4. La discriminación y la igualdad en materia laboral

La STC Exp. N° 05652-2007-PA/TC reafirma el criterio de la STC Exp. N° 0008-2005-PI/ TC, según la cual el principio constitucional de igualdad de trato en el ámbito laboral hace referencia a la regla de no discriminación y a la igualdad ante la ley. Esta regla de igualdad asegura, “en lo relativo a los derechos laborales, la

¹⁶ CEDM, artículo 4.

¹⁷ F. j. 29.

¹⁸ CEDM, artículo 16, literales c) y d).

¹⁹ CEDM, artículo 16, literal e).

igualdad de oportunidades de acceso al empleo y de tratamiento durante el empleo”.²⁰

En este contexto, sigue diciendo el TC, la discriminación laboral se produce cada vez que se escoge o rechaza a un trabajador por razón de su sexo o por otra razón injustificada, que implica una restricción a la “libertad del ser humano para elegir y desarrollar sus aspiraciones profesionales y personales”.²¹ Se puede manifestar cuando se busca un trabajo, en el empleo o al dejar este. Las personas “pueden ser excluidas o incluso disuadidas de aspirar a un empleo (...) o pueden ser obstaculizadas para ser promovidas profesionalmente”.²²

La discriminación en el trabajo puede ser directa o indirecta. Es directa “cuando las normas jurídicas, las políticas y los actos del empleador, excluyen, desfavorecen o dan preferencia explícitamente a ciertos trabajadores” e indirecta, “cuando ciertas normas jurídicas, políticas y actos del empleador de carácter aparentemente imparcial o neutro tienen efectos desproporcionadamente perjudiciales en gran número de integrantes de un colectivo determinado, sin justificación alguna e independientemente de que estos cumplan o no los requisitos exigidos para ocupar el puesto de trabajo de que se trate”.²³

Tanto el derecho a la igualdad como la prohibición de discriminación en el empleo y la ocupación están reconocidos en el régimen laboral público²⁴ y en el privado²⁵, en consonancia con los artículos 2.2 y 26.1 de la Constitución. También debe mencionarse, aunque no lo haya hecho el TC, el Convenio 111 de la OIT sobre

²⁰ F. j. 35

²¹ F. j. 37. La igualdad en el trabajo ha sido un tema recurrente en las normas internacionales del trabajo que adopta y promueve la Organización Internacional de Trabajo (OIT), desde la Declaración de Filadelfia, en la que se reconoce que “todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades” hasta la actualidad. Cfr. f. j. 3.

²² F. j. 42.

²³ Ff. jj. 44-45.

²⁴ D. Leg. N° 276, artículo 24, inc. a). De acuerdo a este precepto son derechos de los servidores públicos de carrera hacer “carrera pública sobre la base del mérito, sin discriminación política, religiosa, económica, de raza o de sexo, ni de ninguna otra índole”.

²⁵ Decreto Supremo N° 003-97-TR, artículo 29: sanciona con nulidad el despido que tenga una justificación discriminatoria.



igualdad en el empleo y la ocupación, que ha sido ratificado por el Perú y, por tanto, forma parte del Derecho nacional, tal como lo establece el artículo 55 de la Constitución.

5. La discriminación por razón de sexo: el embarazo

En el último acápite sobre el derecho a la igualdad y la no discriminación, el TC identifica cuándo se produce una discriminación por razón de sexo, utilizando prácticamente el mismo lenguaje que el empleado por el TC español en la STC 175/2005 del 4 de julio en su fundamento 2.

Resalta nuestro Tribunal que este tipo de discriminación “comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no solo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino también en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca.

Es decir, que la discriminación laboral por razón de sexo comprende no solo los tratamientos peyorativos fundados en la constatación directa del sexo, sino también aquellos que se basen en circunstancias que tengan una directa conexión con el sexo”.²⁶

Tanto el TC peruano como el español señalan que el embarazo es un elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres, que “no puede acarrear, conforme a la interdicción de la discriminación por razón de sexo, perjuicios a la mujer trabajadora”.²⁷ Por tanto, “las decisiones extintivas basadas en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen, indudablemente, una discriminación por razón de sexo proscrita por el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política”.²⁸ Asimismo, “la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de este, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto, sino también se extiende al ámbito estricto del desarrollo y a las vicisitudes de la relación laboral, razón por la cual condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empleador. Por ello, el artículo 23 de la Constitución Política prescribe que el Estado protege especialmente a la madre que trabaja.”²⁹

²⁶ F. j. 49.

²⁷ STCE 175/2005, de 4 de julio.

²⁸ F. j. 50. La STCE 175/2005, de 4 de julio se remite a la Constitución española.

²⁹ Ff. jj. 50-51

Estas premisas traen consigo que se califique como discriminación directa basada en el sexo tanto el despido “por razón de su embarazo” como la negativa “a contratar a una mujer embarazada”.³⁰ De este modo, la protección a la maternidad o la prohibición de discriminación por razón de ella se extiende tanto el acceso al empleo como la permanencia en este, así como a los actos peyorativos o los que, sin que tengan esa intencionalidad, resulten objetivamente discriminatorios.

III. HECHOS PROBADOS EN EL PROCESO

En el proceso se probó:

- a) Que no era procedente la excepción de prescripción presentada por la SBLM, porque se debió tener en cuenta la suspensión del plazo durante los días de huelga del Poder Judicial.³¹
- b) Que la demandante prestó servicios para la SBLM, a mérito de contratos de servicios no personales para que desempeñara las labores de apoderada judicial de esa entidad, desde el 1 de diciembre de 2001 hasta el 24 de mayo de 2004. ³²
- c) Que la recurrente ingresó en la SBLM cuando se encontraba vigente la Tercera Disposición Transitoria y Complementaria de la Ley N° 26918, que estipula que los trabajadores de las Sociedades de Beneficencia Pública están sujetos al régimen laboral de la actividad privada. Por tanto, no le son aplicables las disposiciones de la Ley N° 24041 sino las de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.³³
- d) Que la relación jurídica real entre la demandante y la SBLM no era civil sino laboral porque el Memorándum Múltiple N° 043- 2004-OGAF/SBLM, de fecha 12 de mayo de 2004, puso de manifiesto que el empresario no solo ostentaba el poder de dirección sino también el sancionador, que es el que mejor tipifica la relación

³⁰ F. j. 52.

³¹ F. j. 1.2

³² F. j. 58.

³³ Si bien no era aplicable a la demandante la Ley N° 24041, en aplicación del principio *iura novit curia*, el Tribunal utilizó su “poderdeber de identificar la norma jurídica que sirve de fundamento a la pretensión solicitada, aun cuando esta no se encuentre expresamente invocada en la demanda”. De allí que subsanase “el error de derecho cometido por la demandante en el extremo que pretende su reposición en aplicación de la Ley N° 24041, ya que estuvo sujeta al régimen laboral de la actividad privada”. F.j. 1.



laboral³⁴, puesto que advertía a la demandante que en caso de no cumplir con el horario de refrigerio establecido, sería separada de la institución.³⁵

e) Que las partes estaban relacionadas por un vínculo laboral en el que la demandante realizaba labores en forma subordinada y permanente. En consecuencia, el contrato era uno de trabajo a plazo indefinido, por aplicación del principio de primacía de la realidad³⁶ y no de servicios no personales.

f) Que la trabajadora puso en conocimiento del empleador, por escrito su estado de gestación, antes de que este decidiera prescindir de sus servicios.

IV. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LOS HECHOS PROBADOS

Al haberse demostrado que la relación jurídica de la demandante con la SBLM era de tipo laboral y a plazo indeterminado, los contratos de servicios no personales no tenían validez alguna, por aplicación del principio de primacía de la realidad y del artículo 4 de la LPCL. Por otro lado, al haberse acreditado que el empresario conocía el estado de gestación de la trabajadora, esta “solo podía ser despedida por causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral”.³⁷ El TC no remite a ninguna norma que establezca esta garantía, pero sabemos que se encuentra establecida en el inciso e) del artículo 29 de la LPCL. Queda, por tanto, un vacío en el pronunciamiento del Tribunal, que desperdició una oportunidad inmejorable de realizar una interpretación literal, sistemática y teleológica de esa disposición en el marco de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en el Derecho Internacional.

³⁴ “(...) el poder de dirección si no fuese acompañado de una potestad sancionadora. en los casos de incumplimiento del trabajador, sería solo un poder moral. (...) Interesa destacar que el poseer esta facultad no implica necesariamente su ejercicio: el no ejercicio es diferente que la inexistencia. Por otro lado, no existe en el ámbito civil, donde el incumplimiento contractual genera el derecho al resarcimiento, pero no la imposición de una sanción (...)”. PACHECO ZERGA, Luz, “La subordinación como elemento tipificante del contrato de trabajo”. En: Primera Jornada Universitaria de Derecho del Trabajo. Facultad de Derecho. Universidad de Piura, 1996, p. 11.

³⁵ F. j. 58.

³⁶ F. j. 59.

³⁷ F. j. 8.

La postura del TC peruano es similar a la del TC español³⁸ y a la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea³⁹: estos tribunales han calificado la no renovación de contratos temporales como actos discriminatorios cuando se prueba una sucesión ininterrumpida de renovaciones hasta que el empresario conoce el estado de gravidez de la trabajadora.⁴⁰ Pero, además, en el caso que nos ocupa, los contratos de servicios no personales fueron celebrados en fraude de la ley.⁴¹

En efecto, al haber laborado la trabajadora ininterrumpidamente durante más de tres años en forma subordinada para desempeñar un puesto permanente en la empresa, la común intención de las partes era la de celebrar un contrato de trabajo a plazo indefinido y no uno civil de “servicios no personales”. Sin embargo, la SBLM abusando de su posición dominante en la relación contractual presentaba a la trabajadora, para su firma, contratos de tipo civil. Y, cuando decidió no continuar con esos servicios, porque la trabajadora estaba embarazada, pretendió conseguir mediante un acto aparentemente lícito (la no renovación contractual de servicios), un resultado contrario al ordenamiento jurídico (el despido de una mujer por el hecho de estar embarazada), configurándose así el fraude de ley. De este modo, la conducta empresarial además de antijurídica, manifiesta una dosis de arbitrariedad especialmente intensa, atentatoria al más elemental deber de buena fe, que no puede ser tutelada por los justiciables. En consecuencia, el cese no se origina por la no renovación de un contrato civil –que ya hemos dicho que era írrito– sino por el despido fundado en un móvil discriminatorio que debe ser calificado de nulo.

V. LA PROTECCIÓN OBJETIVA DEL EMBARAZO Y LA DISCRIMINACIÓN SIN ANIMUS IURANDI

En la acción de amparo presentada se probó que el empresario conocía el estado de la trabajadora, por tanto, no se cuestionó si la exigencia de información documental

³⁸ STC 175/2005 de 4 de julio.

³⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso Jiménez Melgar (TJCE 2001/260).

⁴⁰ Sobre la postura del TC español antes de la promulgación de la Ley de Conciliación de la vida familiar con la profesional, ver AGUILERA IZQUIERDO, Raquel. “Discriminación por razón de embarazo: prueba indiciaria en el supuesto de no renovación de contrato temporal. Comentario a la STC 175/2005, de 4 de julio (BOE de 5 de agosto de 2005)”. En: Revista Española de Derecho del Trabajo. N° 125, 2005.

⁴¹ Sobre el fraude de ley en materia laboral, me remito a lo escrito en PACHECO ZERGA, Luz. La dignidad humana en el Derecho del Trabajo. Civitas, Madrid, 2007, pp. 39-41.



del estado de gestación establecida en el inciso e) del artículo 29 de la LPCL⁴² era conforme o no con las normas de ius cogens citadas por el TC en sus considerandos. No obstante, al haber destacado el TC la vigencia de las normas supranacionales, que forman parte del bloque constitucional sobre la base del cual se deben interpretar los derechos fundamentales⁴³, es necesario repensar la acción positiva que corresponde a los jueces cuando existen indicios de que el despido de una mujer embarazada pueda deberse a un acto discriminatorio, aun cuando no haya comunicado documentalmente su estado. A los jueces corresponde dirimir estas cuestiones litigiosas, de tal modo que la mujer embarazada no sea excluida o disuadida de aspirar a un empleo u obstaculizada en su promoción profesional. Consideramos que debería calificarse como una discriminación directa tanto el despido por razón del embarazo como la negativa a contratar a una mujer embarazada cuando se acredite el estado de la trabajadora y el empresario no haya probado la causa justa que justifique el cese.

En el Derecho Comparado encontramos posturas diversas sobre la exigencia de comunicar el estado de embarazo. Sin embargo, la tendencia dominante es la de no exigir esa comunicación, como se aprecia en la Ley de Conciliación de la vida familiar y laboral de España, Ley 29/1999 del 5 de noviembre, que supera la Directiva 92/85/CEE, del Consejo del 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de trabajadora embarazada⁴⁴. Mientras que la directiva europea establece la

⁴² “Es nulo el despido que tenga por motivo: (...) e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir. Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa”. LPCL, artículo 29, inc. e).

⁴³ “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas ratificados por el Perú”. Cuarta Disposición Final de la CP.

⁴⁴ El texto vigente en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, modificado por la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, contiene dos reglas que operan sobre ámbitos diferentes y con un alcance distinto. La primera se refiere a la nulidad de los despidos que respondan a un móvil que implique discriminaciones prohibidas por la Constitución o la ley, o violen derechos fundamentales o libertades públicas de los trabajadores, abstracción hecha de su sexo, son nulos. La segunda, es la contenida en el apartado b) del mismo precepto, que declara nulo el despido de las trabajadoras

prohibición de despedir a la trabajadora embarazada que haya comunicado su estado al empresario, salvo que se trate de casos excepcionales no inherentes al estado de la interesada, la normativa nacional española ha superado esta limitación, al punto de invertir la carga de la prueba cuando la trabajadora acredita su estado de gravidez⁴⁵, porque se trata de proteger la maternidad, con independencia de la intencionalidad del empresario, salvo de que este acredite que la extinción se justifica por razones distintas al embarazo.

En consecuencia, la exigencia de la prueba documental a que se refiere el inciso e) del artículo 29 de la LPCL resulta anacrónica y debe interpretarse en forma sistemática y teleológica, teniendo en cuenta las disposiciones de la CEDM y las normas supranacionales imperativas –ius cogens–, ante las cuales no es lícito oponer las normas de Derecho interno para eximirse de su cumplimiento.

embarazadas desde el inicio del embarazo hasta el comienzo de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad. “La primera idea que sugiere la lectura de ambos pasajes del artículo 55.5 es la de que el ‘móvil’ en el despido de la trabajadora embarazada, a diferencia de lo que sucede en el anterior supuesto, resulta indiferente, en cuanto no se alude a móvil alguno que determine la conducta empresarial; de lo que se trata es de proteger la maternidad en sí misma, con independencia de las razones que puedan llevar al empresario a prescindir de los servicios de la trabajadora gestante”. IGLESIAS CABRERO, Manuel. Garantías de las trabajadoras embarazadas frente al despido. Una cuestión que sigue suscitando dudas (Thomson Reuter, 19.II 2009 [Revista N° 767]).

⁴⁵ La transposición se efectuó “superando los niveles mínimos de protección” previstos en la Directiva 92/85 (LCEur 1992\3598). Cfr. Exposición de Motivos de Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Similar protección tiene la mujer trabajadora en Italia, de acuerdo con el artículo 54, co.2 D.Lgs. 151/2001, que establece: “Il divieto di licenziamento opera in connessione con lo stato oggettivo di gravidanza e la lavoratrice, licenziata nel corso del periodo in cui opera il divieto, è tenuta a presentare al datore di lavoro idonea certificazione dalla quale risulti l’esistenza all’epoca del licenziamento, delle condizioni che lo vietavano”. La sentencia en Casación del 20.05.2000 n.6595: Pretura Milano 23.12.1996, ha interpretado esta norma reafirmando la protección objetiva, al punto que se ha escrito que “In altri termini, nel nostro ordinamento non si rinviene alcuna norma che imponga alla lavoratrice gestante di far conoscere al datore di lavoro il proprio stato di gravidanza. Il divieto di licenziamento sorge dal momento e dal fatto oggettivo della gravidanza, non importando se la lavoratrice ha dato o meno il certificato e neppure se il datore di lavoro lo ha saputo o meno”. TREMANTE, Luigi, Le dimissioni della lavoratrice in gravidanza nelle piu’ recenti sentenze della corte di cassazione (Ius Sit, 2004); ubicable en <<http://www.iussit.it/lavor1/lavgraOtQ.htm>>.



En este sentido, se debe destacar, tal como hizo la doctrina académica⁴⁶, la sentencia emitida por la Primera Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema en la Cas. N° 275-2005-Arequipa⁴⁷, por haber superado las limitaciones de la actual normativa al incidir en la finalidad de la norma y no la Sala consideró que no era exigible la prueba documental cuando el embarazo fuese evidente. Esta saludable distinción todavía deja, sin embargo, “un espacio demasiado amplio para la subjetividad lo que podría devenir en actos arbitrarios”⁴⁸. Efectivamente, ¿qué debe entenderse por evidente? Consideramos que no puede reducirse a la apariencia física: puede ser suficiente el conocimiento que tenga el empleador de esa situación por comentarios de la trabajadora realizados en la empresa o ante personal de dirección o confianza del empresario. O, en último caso, aun cuando el empresario no conociera ese estado, el despido debería ser nulo cuando no exista causa justa, en aplicación de las normas supranacionales sobre discriminación ya comentadas.

Para evitar estas situaciones ambiguas sería conveniente adecuar el ordenamiento laboral a los tratados internacionales, que forman parte del Derecho nacional, para regular esta figura de modo semejante a como lo hace el estatuto de los trabajadores de España, que incluye otros factores de discriminación frecuentes en el ámbito laboral que impiden la adecuada conciliación de la vida familiar con la profesional⁴⁹. Los jueces deben brindar a la mujer embarazada una tutela más enérgica, a

⁴⁶ SARMIENTO FLORES, Patricia. “Despido nulo de mujeres en estado de gestación: ¿desinformación, prejuicio o menoscabo económico empresarial?” En: Jus jurisprudencia. N° 4, 2008, pp. 371-76.

⁴⁷ Lima, 15 de diciembre de 2005.

⁴⁸ SARMIENTO FLORES, Ob. cit., p. 374.

⁴⁹ Artículo 55.5 “Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Será también nulo el despido en los siguientes supuestos:

El de los trabajadores durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d del apartado 1 del artículo 45, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho periodo.

El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a, y el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37,

fin de dispensarla “de la carga de acreditar los indicios de discriminación y singularmente el conocimiento por el empresario del embarazo, prueba muy difícil y posiblemente atentatoria a la dignidad de la mujer que no tiene por qué participar su estado para salvaguardar su puesto de trabajo”⁵⁰. De este modo, mientras que la trabajadora tendría que demostrar su estado de gravidez, el empresario debería acreditar la causa justa que fundamenta su decisión. En definitiva, se trata de acoger una calificación de nulidad objetiva del despido (derivada del hecho del embarazo) y no subjetiva (derivada de su conocimiento) cuando el despido no sea justificado por el empresario.

Deberíamos seguir la ruta abierta por la legislación y la jurisprudencia del TC español, que ha optado “por blindar el contrato de trabajo de la mujer embarazada, considerando suficiente la acreditación del hecho objetivo del embarazo para que se surta efectos el sistema reforzado de garantías previsto en el artículo 55.5.b) RCL 1995/997 del Estatuto de los Trabajadores, que presume iuris et de iure la nulidad del despido, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que no concurra un móvil discriminatorio, a menos de que el despido sea declarado procedente. De este modo, el legislador ha relevado a la trabajadora embarazada de la necesidad de aportar un panorama indiciario de discriminación, exonerándola de la carga de probar que la empresa conocía su estado de gravidez;

o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley.

El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados”.

⁵⁰ Voto Particular firmado por siete Magistrados de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo español en la Sentencia en Casación del 19 de julio de 2006 (RJ 2006/6653).



aportación de indicios que sí resulta exigible cuando el factor de discriminación es distinto del embarazo”.⁵¹

VI. IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR CON LA PROFESIONAL

El Estado peruano viene trabajando desde hace más de un lustro para conseguir esa igualdad de oportunidades. Entre las medidas adoptadas está las de cuotas de participación femenina en las listas para elección de los gobiernos municipales, regionales y nacionales⁵². Además, existe un Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Varones para el periodo 2006-2010, que ha sido

⁵¹ CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, “El Tribunal Constitucional ‘blinda’ el contrato de las trabajadoras embarazadas”. Ed. Westlaw (Publicada en: Aranzadi Social, 2008). El autor se refiere a la STC del 21 de julio de 2008 (RTC 2008/92).

⁵² En este sentido, se han promulgado las siguientes normas: a. Ley N° 27387, publicada en el diario oficial El Peruano el 29 de diciembre de 2000, que modificó el artículo 116 de la Ley N° 26859, Ley Orgánica de Elecciones, que establecía por primera vez un sistema de cuotas del 25% de candidatas mujeres como mínimo, incrementándola a 30%.

b. Ley N° 27680, publicada en el diario oficial El Peruano el 7 de marzo de 2002, que reforma el capítulo XIV del Título IV de la Constitución Política para incluir en las normas sobre las elecciones regionales y municipales una cuota especial de representación por género.

c. Ley N° 27683, de Elecciones Regionales, publicada en el diario oficial El Peruano el 25 de marzo de 2002, que establece que las listas de candidatos deben estar conformadas por no menos de un 30% de hombres o mujeres.

d. Ley N° 27734, publicada en el diario oficial El Peruano el 28 de mayo de 2002, que modificó el artículo 10 de la Ley N° 26864, Ley de Elecciones Municipales, que establecía por primera vez un sistema de cuotas del 25% de candidatas mujeres como mínimo, incrementándola a 30% o más para acceder al Congreso.

e. Ley N° 28094, Ley de Partidos Políticos, publicada en el diario oficial El Peruano el 1 de noviembre de 2003, que estatuye que en las listas de candidatos para cargos de dirección del partido político así como para los candidatos a cargos de elección popular, el número de mujeres u hombres no puede ser inferior al 30% del total de candidatos.

f. El Decreto Supremo N° 004-2008-MIMDES, publicado en el diario oficial El Peruano el 4 de abril de 2008, que precisa que los estatutos de todas las formas de organización jurídica sin fines de lucro deberán adecuarse a las normas de la Constitución Política y de la ley relativa a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

aprobado mediante decreto supremo⁵³ y una ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres⁵⁴, que constituye una norma de desarrollo constitucional del derecho a la igualdad reconocido en el artículo 2, inciso 2 de la Constitución. La STC Exp. N° 05652- 2007-PA/TC del 6 de noviembre de 2008 constituye un paso más en esta línea de acción positiva del Estado.

Sin embargo, seguimos echando en falta normas que faciliten la adecuada conciliación de las obligaciones familiares con las profesionales, como son los permisos subsidiados para atender familiares enfermos o discapacitados de los trabajadores de ambos sexos, así como el permiso parental para poder atender a los hijos hasta los tres o cinco años de edad, sin perder el derecho al empleo. Una de las contradicciones más notorias de nuestro ordenamiento laboral es que se conceda licencia por treinta días para atender a un hijo adoptado, pero solo de cuatro días para un hijo natural⁵⁵. La protección especial a la madre que trabaja (CP, 23) debe complementarse con el reconocimiento de los derechos-deberes que competen al padre para atender sus obligaciones familiares y conyugales básicas.

Por otro lado, en la agenda del Gobierno peruano sigue pendiente regular integralmente la relación laboral teniendo en cuenta que el trabajador no es un ciudadano de segunda categoría, inmerso en un sistema servil en el que la productividad, sea estatal o privada, es la ratio última de su actividad. La celebración de contratos de servicios “no personales” en el ámbito de las entidades del Estado desde hace varios decenios ha desautorizado al Gobierno para exigir a los empresarios particulares el cumplimiento de sus obligaciones laborales. El contrato administrativo de servicios creado por el D. Leg. N° 1057 y reglamentado por el D.S. N° 075-2008-PCM ha sustituido el régimen anterior por un híbrido que convierte a

⁵³ D.S. N° 009-2005-MIMDES, publicado en el diario oficial El Peruano el 15 de setiembre de 2005.

⁵⁴ Ley N° 28983, publicada en el diario oficial El Peruano el 16 de marzo de 2007. El objeto de esta norma es la de establecer el marco normativo, institucional y de políticas públicas en los ámbitos nacional, regional y local, para 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, para lograr la plena igualdad.

⁵⁵ Sobre este tema remito a lo expresado en PACHECO ZERGA, Luz. “La protección de la mujer trabajadora en el ordenamiento peruano”. Ob. cit., pp. 13-26. y en PACHECO ZERGA, Luz, “El permiso parental: un derecho pendiente en el Perú”. En: Revista de Derecho. Universidad de Piura. N° 3, 2002, pp. 77-125.



los trabajadores al servicio del Estado en ciudadanos discriminados, con menores derechos a los reconocidos tanto en el ámbito laboral privado como en el público, sin que exista un motivo distinto a la voluntad arbitraria de la Administración Pública, que ha elegido un sistema menos oneroso para sus intereses. No puede negarse que algo se ha avanzado con el reconocimiento de algunos beneficios sociales a los trabajadores estatales pero, a la vez, es innegable que nos encontramos ante un sistema que solo puede justificarse si existen planes a corto plazo, para lograr la igualdad de oportunidades no solo entre mujeres y varones, sino entre empleados públicos y privados, sean estos de pequeñas o grandes empresas, observando siempre las lógicas reglas de equidad, pues ya hemos visto que igualdad no es equivalente de igualitarismo, sino de proporcionalidad de acuerdo con la naturaleza de las cosas y de las personas⁵⁶. De allí que si a estos actos se añaden los despidos discriminatorios u otros actos abusivos en perjuicio de la mujer⁵⁷, las acciones positivas y los planes de igualdad proclamados por el Estado deviene en letra muerta y exigen una pronta rectificación.

El camino recorrido por países europeos de antigua y sólida tradición social construida a la par que su crecimiento económico deberían inspirar nuestro desarrollo sociojurídico. Un paso importante será adecuar el Derecho nacional al supranacional: la STC Exp. N° 05652-2007- PA/TC constituye, como decíamos al iniciar estas líneas, un punto de referencia para “blindar” la protección a la trabajadora embarazada que tenga un buen rendimiento profesional.

⁵⁶ Si se hubiera tratado de un régimen temporal tendente ordenado a lograr la homologación de beneficios, la discriminación hubiera sido justificada, porque así lo ha declarado el TC al pronunciarse sobre la constitucionalidad la Ley N° 27360, en particular sobre el régimen laboral agrario en el Exp. N° 00027-2006-PI-Ica. Un comentario a esta sentencia puede encontrarse en PACHECO ZERGA, Luz, “La desigualdad de la justicia: a propósito del régimen laboral agrario”. En: Soluciones Laborales. N° 10, Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2008.

⁵⁷ Cfr. TORRES ZÚÑIGA, Natalia, Discriminación por sexo en la Escuela de Oficiales de la Policía. Un análisis jurídico y de género (Consortio Justicia Viva, 5.III. 2007 [Revista N° 296]; ubicable en <<http://www.justiciaviva.org.pe/justiciamail/jmo296.htm>>.