

Los trabajos prohibidos a las mujeres y el principio de igualdad ante la ley

Javier Neves Mujica

Profesor de Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima.

JURISPRUDENCIA^(*)

Tribunal Constitucional (ESPAÑA). Sala Primera.

Sentencia No. 229 de 14 de diciembre de 1992.

Sobre Principio de igualdad: discriminación por razón de sexo.

I. ANTECEDENTES.

1. (...)

2. Los hechos que sirven de base a la presente demanda son, en síntesis, los siguientes :

a. La ahora recurrente en amparo cumplimentó (sic) en su día solicitud de ingreso en la empresa Hulleras del Norte S.A., para cubrir una de las novecientas plazas que se convocaban de ayudantes mineros, siendo declarada apta para el desempeño de la categoría indicada por los servicios médicos de empresa y por el Instituto Nacional de Silicosis. No obstante lo anterior, las plazas mencionadas fueron ocupadas, todas ellas, por varones, sin que la recurrente consiguiera ingresar en la empresa.

b. Interpuesta demanda (...) es desestimada por Sentencia del Juzgado de lo Social No. 2 de Oviedo. La Sentencia de instancia entiende que no es contraria al derecho reconocido en el artículo 14 de la Constitución Española (en adelante CE)⁽¹⁾ la prohibición de trabajar en el interior de la mina para las mujeres; prohibición que se ampara en diversas normas internacionales.

c. Interpuesto recurso de suplicación, el recurso es desestimado por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Según la Sentencia de suplicación están vigentes diversos preceptos nacionales e internacionales de diverso rango y origen que prohíben el trabajo en el interior de las minas para la mujer, preceptos que no son contrarios al artículo 14 CE (...).

3. Contra esta última Sentencia se interpone recurso de amparo, por presunta vulneración del artículo 14 CE, con la súplica de que se declare el derecho de la recurrente a ocupar la plaza de ayudante minero (...).

Tras exponer los argumentos utilizados y la normativa aplicada por la Sentencia (...) impugnada, la demanda de amparo diferencia, en primer lugar, respecto de dicha normativa, la promulgada o incorporada al ordenamiento interno con anterioridad a la Constitución (Decreto de 26 de julio de 1957, BOE de 26 de agosto, sobre trabajos prohibidos a las mujeres y a los menores⁽²⁾;

(*) Las citas que corresponden a esta sentencia han sido tomadas de la Revista de Relasur.

(1) «Art. 14 CE : Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

(2) «D. 26.7.57 art. 1 a) prohíbe a los varones menores de dieciocho años y a las mujeres, cualquiera que sea su edad, el trabajo en las labores subterráneas».

Convenio No. 45 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, de 1935, relativo al empleo de las mujeres en los trabajos subterráneos de toda clase de minas⁽³⁾, ratificado por Instrumentos de 12 de junio de 1958 y publicado en el BOE de 21 de agosto de 1959) y la incorporada con posterioridad a la Constitución (es el caso de la Carta Social Europea, en adelante CSE, de 18 de octubre de 1961⁽⁴⁾, ratificada por Instrumento de 29 de abril de 1980, BOE de 26 de junio) (...).

4. (...)

5. El Ministerio Fiscal, (...) precisa que el artículo 14 de la Constitución consagra el principio de igualdad de los españoles y establece en lista abierta la interdicción de la discriminación en función del sexo, (...) lo que se ha desarrollado, para las relaciones laborales en el artículo 17.1 ET⁽⁵⁾, así como en normas internacionales (...). Por otro lado, existe una legislación protectora del trabajo de la mujer que prohíbe el empleo femenino en los trabajos subterráneos de minería (...). Ello obliga a examinar la relación entre la acción igualitaria de la legislación nacional e internacional y la legislación protectora, que ha de ser examinada de acuerdo con la realidad actual para evitar que encubra una consideración de inferioridad social de la población femenina (...).

Las Sentencias, aunque correctas desde el plano de la legalidad, al aplicar normas contrarias a la Constitución han lesionado el derecho de la recurrente reconocido en el artículo 14 CE, por lo que el amparo debe ser otorgado.

6. La representación de HUNOSA señala en primer lugar que (...) Los órganos judiciales que desestiman la pretensión actora no lo hacen exclusivamente por considerar aplicables los preceptos que se denuncian como discriminatorios por razón de sexo, sino por deficiencias en el *petitum*, y por la falta de una probanza del mejor derecho de la actora para ocupar el puesto de trabajo solicitado con relación a los otros trabajadores admitidos.

La cuestión de fondo se centra en determinar si el Decreto de 26 de julio de 1957 y el Convenio 45 OIT han sido implícitamente derogados por la Constitución Española y si la Carta Social Europea es directamente aplicable a España y es compatible con la Constitución (...).

La prohibición contenida en los preceptos invocados por la recurrente se ha de calificar como un logro social de la mujer trabajadora, impidiendo o prohibiendo que sea empleada en trabajos peligrosos, penosos e insalubres (...).

7. La solicitante de amparo (...) argumenta la falta de justificación objetiva y razonable de la prohibición generalizada al sexo femenino de trabajar en el interior de la mina (...).

El problema es si existen actualmente razones que justifiquen la prohibición, en función de la especificidad del riesgo.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

1. Se denuncia en la demanda lesión del derecho a la no discriminación por razón de sexo reconocido en el artículo 14 CE porque las Sentencias impugnadas han desestimado la pretensión de la actora de que se le reconozca su derecho a ocupar en igualdad con los trabajadores varones una plaza de ayudante de minero en la empresa nacional Hulleras del Norte S.A. (HUNOSA), que le había sido denegada por ésta, pese a haber superado las correspondientes pruebas de admisión, en aplicación del Decreto de 26 de julio de 1957, cuyo artículo 1, en conexión con la relación adicional primera del mismo, establece la prohibición de trabajo de la mujer en las minas, basada en el motivo de las «condiciones especiales del trabajo» y el peligro de accidentes.

2. La no contratación de la solicitante de amparo como ayudante minero se ha debido a su condición de mujer en aplicación de una disposición no formalmente derogada que prohíbe el trabajo femenino en la mina. Tanto la Sentencia de instancia como la de suplicación han estimado que el precepto es conforme con el artículo 14 CE, por ser una medida protectora en favor de la mujer, que además supone la aplicación interna del Convenio 45 de la Organización Internacional del Trabajo de 1935 (ratificado por Instrumento de 12 de junio de 1958, BOE 21 de agosto de 1959) y del art. 8.4b) de la Carta Social Europea (ratificada por Instrumento de 29 de abril de 1980, BOE de 26 de junio) que obliga a los Estados «a prohibir el empleo femenino en trabajos subterráneos de minería».

(3) «C. 45 OIT Art. 2. En los trabajos subterráneos de las minas no podrá estar empleada ninguna persona de sexo femenino, sea cual fuere su edad».

(4) «CSE. Art. 8. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las trabajadoras a la protección, las partes Contratantes se comprometen ...4.b) A prohibir el empleo femenino en trabajos subterráneos de minería».

(5) «Art. 17.1 Estatuto de los Trabajadores: Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones desfavorables por razón de edad, o cuando contengan discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro de Estado español».

Hemos de examinar en consecuencia si esta prohibición del trabajo de la mujer en el interior de las minas es compatible con el derecho a la no discriminación del artículo 14 CE.

A diferencia del principio genérico de igualdad que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, la prohibición de discriminación entre los sexos implica un juicio de irrazonabilidad de diferenciación establecido ya ex Constitutione que impone como fin y generalmente como medio la parificación, de modo que la distinción entre los sexos sólo puede ser utilizada excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica de trato entre los varones y las mujeres también en materia de empleo.

No obstante el carácter bidireccional de la regla de parificación entre los sexos, no cabe desconocer que han sido las mujeres el grupo víctima de tratos discriminatorios, por lo que la interdicción de la discriminación implica también, en conexión además con el art. 9.2 CE, la posibilidad de medidas que traten de asegurar la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres. La consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un «derecho desigual igualatorio», es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer (SSTC 128/1987 y 19/1989). Se justifican así constitucionalmente medidas en favor de la mujer que estén destinadas a remover obstáculos que de hecho impidan a la realización de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el trabajo, y en la medida en que esos obstáculos puedan ser removidos efectivamente a través de ventajas o medidas de apoyo hacia la mujer que aseguren esa igualdad real de oportunidades y no puedan operar de hecho en perjuicio de la mujer.

No cabe duda de que la prohibición de trabajar en el interior de las minas a la mujer, aunque responda históricamente a una finalidad protectora, no puede ser calificada como una medida de acción positiva o de apoyo o ventaja para conseguir una igualdad real de oportunidades, ya que no favorece a ésta sino más bien la restringe al impedir a la mujer acceder a determinados empleos.

3. La existencia de trabajos prohibidos para la mujer es una respuesta histórica a la sobreexplotación de la mano de obra femenina. Ello explica que, desde sus inicios, la legislación laboral estableciera medidas de protección de la mujer, entre las que se incluían la prohibición de determinados trabajos, y dentro de ellos, el trabajo en el interior de las minas. Estas medidas nacionales de protección se tratan de generalizar en el seno de la Organización Internacional del Trabajo, a través del Convenio 45 de 1935, que es recogido más tarde en el art. 8.4b) de la Carta Social Europea de 1961. No obstante, ha de tenerse en cuenta que la evolución social que desde el momento en que aquellas normas se gestaron ha tenido la política antidiscriminatoria, ha llevado a examinar con particular reserva un tipo de medidas protectoras que parten de prejuicios infundados, que responde a una división sexista del trabajo o que por la evolución social y productiva y la mejora de las condiciones de salubridad y seguridad del trabajo en las minas, han dejado de tener razón de ser.

Aunque son constitucionalmente legítimas las diferencias en las condiciones de acceso al empleo y en las condiciones de trabajo basadas en el orden biológico natural para las que el sexo no puede ser irrelevante, para que esa diferencia biológica pueda justificar la disparidad de trato es necesario calibrar adecuadamente las razones de la tutela, teniendo en cuenta muy en particular si la protección puede ser actual o potencialmente lesiva también de los derechos y de los intereses de la mujer.

Desde luego, no son contrarias a la Constitución aquellas disposiciones que tiendan a la tutela de la mujer trabajadora en relación con el embarazo o con la maternidad, a los que se refiere el art. 2.3 de la Directiva 76/207 CEE, y que son los factores que principalmente permiten introducir distinciones de trato para la protección de la mujer. En esta línea ha insistido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades -Sentencias del 12 de Julio de 1984 (Hofmann) y 15 de mayo de 1986 (Johnston)-, que ha justificado medidas favorables a la mujer en estos casos para asegurar, de un lado, la protección de la condición biológica de la mujer en el curso de su embarazo y su puerperio, y de otro, las relaciones particulares entre la mujer y el recién nacido. En otros casos, la protección de la mujer y su salud en función de su sexo debe examinarse con suma cautela incluso con desconfianza, por las repercusiones negativas que directa o indirectamente pueden tener en la consecución de la efectiva igualdad entre hombres y mujeres. A este respecto no es ocioso recordar la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, ratificada mediante instrumento de 16 de diciembre de 1983 (BOE 21 de marzo de 1984) que en su artículo 11.3 establece que la legislación protectora relacionada con las cuestiones de empleo «será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada, según corresponda». Por otro lado, la Directiva 76/207 CEE, en su art. 3.2 c) ordena a los Estados revisar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato «cuando el deseo de protección que las inspiró en un principio no tenga ya razón de ser».

En esta línea, ha de destacarse la reciente revisión de la prohibición de trabajo nocturno de la mujer, cuyo mantenimiento el Tribunal de Justicia de las Comunidades ha estimado que no puede encontrar justificación en la preocupación protectora que la inspiró en su origen, por no existir una razón de necesidad que justifique, salvo en los casos de embarazo o maternidad que los inconvenientes que produce el trabajo nocturno sean distintos en el caso de los varones o en el caso de las mujeres -Sentencia

de 25 de julio de 1991 (asunto Stoeckel)- ; de modo que, en cumplimiento del art. 5 de la Directiva 76/207, los Estados miembros no pueden prohibir lícitamente el trabajo nocturno de las mujeres si no lo hacen al mismo tiempo para los hombres.

4. El mandato de no discriminación por sexo del art. 14 CE, consecuentemente al principio de igualdad de derecho entre hombres y mujeres, exige desde luego eliminar aquellas normas jurídicas que (con la salvedad del embarazo y la maternidad) aunque históricamente respondieran a una finalidad de protección de la mujer como sujeto fisiológicamente más débil, suponen refrendar o reforzar una división sexista de trabajos y funciones mediante la imposición a las mujeres de límites aparentemente ventajosos pero que le suponen una traba para su acceso al mercado de trabajo.

En muchos casos esta legislación originariamente protectora responde a prejuicios, a opiniones preconcebidas que juegan un papel importante en la formación y mantenimiento de discriminaciones. En este caso ese prejuicio es la menor fortaleza física y mayor debilidad de la mujer en relación al varón, como algo que corresponde a la naturaleza de las cosas, y es a partir de ese prejuicio desde el que se puede llegar a entender infundadamente que la diferencia física que existe entre los hombres y las mujeres es suficiente para justificar una prohibición del trabajo de las mujeres en el interior de las minas. Sea ésta una percepción defectuosa o errónea o sea una percepción desfasada tras la evolución social, lo cierto es que este tipo de prohibición responde más a un estereotipo que a diferencias reales naturales o biológicas, y produce en todo caso en el mercado de trabajo unos efectos claramente discriminatorios al suponer para la mujer un especial límite o desventaja. A diferencia de los varones, a las mujeres se les veda la posibilidad de realizar trabajos en el interior de las minas, estableciéndose una exclusión vinculada directamente a las diferencias de sexo.

No existen razones concluyentes que permitan llevar a la conclusión de que las condiciones especialmente gravosas del trabajo en el interior de las minas o el riesgo para la salud o de accidentes se incrementen en todos los casos por la constitución y condiciones de la mujer respecto a la del varón. Aunque la especial dureza de este trabajo puede requerir determinadas exigencias de fortaleza y condición física, éstas habrán de ser exigibles por igual al hombre o a la mujer, al margen de su sexo, sin que pueda ser relevante al respecto la eventualidad de que un mayor número de hombres que de mujeres puedan reunir en el caso concreto esas exigencias. Comprobadas las mismas, no existe razón alguna (salvo que esté en juego, lo que no ocurre en el presente caso, el embarazo o la maternidad) que pueda justificar la exclusión absoluta de la mujer de este tipo de trabajo.

Es cierto que el mantenimiento de la disposición permitiría evitar el acceso a este tipo de trabajo a mujeres cuyas condiciones físicas o cuya salud las hicieran ineptas para el mismo, pero existen medios adecuados para que esa necesaria protección se realice de forma sexualmente neutra, en favor también de los trabajadores varones más débiles o menos fuertes, sin llegar a impedir a la mujer, como hace el Decreto de 26 de julio de 1957, el acceso a estos empleos. La protección frente a las consecuencias que para la salud y la integridad física y para la calidad de la vida del trabajo representa el trabajo en el interior de las minas, encuentra un sólido apoyo constitucional (art. 40.2 CE) y exige por ello limitaciones, exigencias y controles sanitarios adecuados, sin que resulte necesaria e imprescindible para ello el prohibirle a la mujer el trabajo en el interior de las minas, prohibición que reduce además las posibilidades de empleo de la mujer en un ámbito productivo del que ésta no quiere ser excluida. No es ocioso recordar al respecto que el propio Gobierno parece haber sido consciente de la falta de fundamento actual de esta prohibición al haber denunciado por Instrumento de 6 de mayo de 1991. (BOE de 10 de mayo), el art. 8.4 b) de la Carta Social Europea relacionado con la prohibición del empleo femenino en trabajos subterráneos de minería, que ha dejado de tener efectos para España a partir del 5 de junio de 1991.

Aunque esta prohibición obedeciera a razones históricas que pudieron justificarla, éstas no son en la actualidad ya fundamento suficiente para justificar su mantenimiento. Por ello la misma no respeta la exigencia constitucional de igualdad de derechos entre hombres y mujeres, y por ello, ha de darse razón a la actora en que se le ha aplicado una disposición reglamentaria que los órganos judiciales hubieran debido estimar derogada por la Constitución, por incompatible con la interdicción de discriminación por razón de sexo del art. 14 CE.

Desde este modo, las resoluciones impugnadas - al desestimar la pretensión actora - han desconocido el derecho de la recurrente a no ser discriminada por su condición de mujer reconocido en el art. 14 CE, por lo que la demanda de amparo ha de ser estimada. Puesto que la empresa demandada no ha alegado ni probado en el proceso a quo, ni tampoco en este proceso, que la no contratación de la actora, en desigualdad de trato de los varones que superaron al mismo tiempo que ella las correspondientes pruebas de acceso, incluidas las de carácter médico, obedeciera a otra razón que a su condición de mujer y la circunstancia de tener que realizar trabajos dentro de la mina, para el restablecimiento de la recurrente en la integridad de su derecho hemos de reconocerle, de acuerdo al suplico de la demanda, su derecho a ocupar la plaza solicitada de ayudante minero, que habrán de ser en igualdad de condiciones laborales y salariales, antigüedad incluida, que los trabajadores varones que aprobaron aquellas pruebas de acceso contemporáneamente con la actora.

FALLO.

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española ha decidido:

1. Reconocer a doña Concepción Rodríguez Valencia su derecho a no ser discriminada por su condición de mujer.
2. Anular la Sentencia de la Magistratura de Trabajo número 2 de Oviedo de 21 de octubre de 1987 (autos números 1.569/87) y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de julio de 1989.
3. Reconocer su derecho a ocupar la plaza de ayudante minero en HUNOSA en igualdad con los varones que superaron al mismo tiempo que ella las correspondientes pruebas de acceso.

COMENTARIO

1. INTRODUCCIÓN.

En el caso Concepción Rodríguez Valencia contra Hulleras del Norte S.A., se debate centralmente dos cuestiones: 1) ¿El principio de igualdad ante la ley consagrado por la Constitución, impide la existencia de trabajos prohibidos sólo para las mujeres?, y 2) De ser así, ¿las normas internacionales y nacionales en que dicha prohibición se sustenta, han sido derogadas o son inaplicables a partir de la vigencia de la Constitución?

El citado caso sucedió -como es obvio- en España. Sin embargo, sus elementos son plenamente trasladables a nuestro país, donde también se reconoce en la Constitución el principio de igualdad ante la ley⁽⁶⁾, se tiene ratificado el Convenio 45 OIT, de 1935, sobre trabajo subterráneo de las mujeres⁽⁷⁾ y existe prohibición legal a dicho género de ocuparse en un conjunto de actividades, entre ellas, las subterráneas⁽⁸⁾.

Vamos, pues, a abordar cada una de las preguntas planteadas en el primer párrafo, desde la perspectiva de nuestro ordenamiento.

2. LOS ALCANCES DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD.

2.1 Igualdad y discriminación.

El principio de igualdad supone una correspondencia entre los hechos y el trato. Este último debe seguir a los primeros. De este modo, lo correcto sería que ante hechos iguales hubiera un trato igual y ante hechos desiguales uno desigual; y lo incorrecto, que se

diera un trato desigual a hechos iguales o igual a hechos desiguales.

Si se produjera una inequivalencia en el trato respecto de los hechos, habría que indagar si aquélla se encuentra justificada o no. Podría haber justificación cuando los hechos fueran aparentemente iguales pero realmente no, cuando tuviéramos una igualdad formal pero no material. Ésta es la situación sobre la que se basa el Derecho del Trabajo para construir su estructura protectora del trabajador, que busca compensar en lo jurídico la desventaja económica. Y es asimismo el pilar sobre el que un Estado social proclama a la igualdad sustancial como valor fundamental, pretendiendo promover a los grupos sociales desfavorecidos.

Si la inequivalencia a la que aludimos fuera injustificada, estaríamos de lleno ante una discriminación. Este último concepto consiste por tanto en la diferenciación en el trato, carente de causa objetiva y razonable. Los ordenamientos internacional y constitucional ofrecen un listado de causas especialmente vedadas a la discriminación, que son las de utilización más frecuente: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición⁽⁹⁾. La relación, sin embargo, tiene evidentemente un carácter abierto, pudiendo comprender otros motivos añadidos por normas específicas, como sería el caso de la libertad, sindical tutelada por el Convenio 98 OIT, de 1949⁽¹⁰⁾, o por los organismos jurisdiccionales inspirados en la doctrina, como sería el caso de la edad, el origen étnico, la condición civil, la orientación sexual, las deficiencias físicas, etc. (O'DONNELL).

La discriminación no conlleva necesariamente un trato perjudicial, sino simplemente arbitrario, tanto

(6) «Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: 2) A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, condición económica o de cualquier otra índole».

(7) Por Resolución Legislativa No.10195 (23 de marzo de 1945).

(8) Ley No. 2851 sobre trabajo de mujeres y menores, de 1918, artículo 12, complementada por el Decreto Supremo del 25 de junio de 1921, artículo 17.

(9) Ver, por todas, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su artículo 2, inciso 1. Ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa No. 13282 (16 de diciembre de 1959).

(10) Artículo 1. Ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa No.14712 (18 de noviembre de 1963).

favorable como adverso. Así la define el Convenio 111 OIT, de 1958, refiriéndose a cualquier distinción, exclusión o preferencia⁽¹¹⁾.

2.2. Igualdad ante la ley e igualdad de trato.

El principio de igualdad opera en el ámbito del Derecho Público y en el del Derecho Privado (RODRÍGUEZ-PIÑERO). En el primer caso, se denomina igualdad ante la ley y obliga al Estado en el ejercicio de cada una de sus funciones: legislativa, administrativa y jurisdiccional. En otras palabras, ni al producir o aplicar una norma, ni al brindar un servicio, se puede quebrar la correspondencia debida entre los hechos y el trato. Serían concreciones de este principio, la prohibición de expedir leyes especiales por la diferencia de personas⁽¹²⁾ o la de dictar por razones subjetivas sentencias disímiles en situaciones similares⁽¹³⁾.

En el ámbito del Derecho Privado, se le llama principio de igualdad de trato y obliga a los particulares en todas las manifestaciones de su actuación jurídica. Uno de sus campos principales de desenvolvimiento es el de las relaciones laborales⁽¹⁴⁾, con especial énfasis en materia salarial⁽¹⁵⁾. Aquí el principio prohíbe discriminaciones al momento de la contratación, en la ejecución de la relación o a propósito de la extinción⁽¹⁶⁾.

2.3. Igualdad ante la ley y normas protectoras de la mujer.

El problema que se plantea en el caso de Concepción Rodríguez Valencia contra Hulleras del Norte S.A., es de igualdad ante la ley, por cuanto la decisión de la demandada de vedarle a la demandante el acceso a

un puesto de trabajo en una mina subterránea se apoya en normas que lo impiden: un tratado internacional y una ley, que son el Convenio 45 OIT y -en nuestro caso- la Ley No. 2851.

Sobre la base de concepciones tradicionales que entendían a la mujer como un sujeto físicamente débil y le asignaban la función social de cuidado del hogar, la legislación laboral le otorgó hace muchos años una protección especial en el trabajo. Esa protección se plasmaba en dos tipos de medidas distintas: 1) prohibición de desarrollo de labores en ciertas condiciones, consideradas particularmente riesgosas para ellas, como el trabajo en minas subterráneas o nocturno, por tanto fundadas exclusivamente en el sexo; y 2) ventajas conferidas en el desempeño de su labor, algunas fundadas en el sexo, como el derecho a una jornada semanal reducida respecto de la de los varones, a una indemnización por despido más bien incrementada, a contar con un asiento, etc., y otras en el embarazo o la maternidad, como el derecho al descanso pre y post-natal y a la indemnización por despido en ese estado y a la lactancia.

Pues bien, hoy se considera con apreciable consenso que las prohibiciones o ventajas sustentadas en el sexo resultan incompatibles con el principio de igualdad, pero no así las ventajas sustentadas en la maternidad (ORÉ/AGUILAR), sin perjuicio de que algunas de estas sean susceptibles de extensión a los varones⁽¹⁷⁾. En esta línea se inscribe con singular brillo la sentencia del Tribunal Constitucional español en el caso bajo comentario.

En el caso específico de la prohibición de trabajo a las mujeres en minas subterráneas, no es que dicho organismo jurisdiccional desconozca que por la dureza

(11) Artículo 1. Ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa No. 17687 (6/6/69).

(12) Podría hacerse únicamente por la naturaleza de las cosas (artículo 103 de la Constitución).

(13) Sólo cabe apartarse del precedente vinculante por razones objetivas (artículo 9 de la Ley de Habeas Corpus y Amparo y artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). En caso contrario cabría interponer un recurso de casación por unificación de jurisprudencia, contemplado en el Código Procesal Civil, arts. 384 y ss.

(14) Ver el Convenio 111 OIT sobre discriminación en materia de empleo y ocupación.

(15) Ver el Convenio 100 OIT, de 1951, sobre la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y femenina por un trabajo de igual valor. Ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa No. 13284 (15/12/59).

(16) Por ejemplo, para evitar la discriminación en el momento de la contratación se dictó la Ley No. 25202 sobre bolsa de trabajo en construcción civil; en la ejecución de la relación se impide la imposición de actos discriminatorios (artículo 66 inciso g del Decreto Legislativo No. 728; y a propósito de la extinción se ha contemplado tales actos como causal de nulidad del despido (artículo 65 del Decreto Legislativo No. 728). Sin embargo, el propio Decreto Legislativo No. 728 ha relativizado inaceptablemente la aplicación del principio al ámbito del poder disciplinario del empleador (artículo 69), contrariando la más calificada doctrina (CREMADES).

(17) Como la posibilidad de conceder un descanso post-natal no sólo a la madre sino también al padre, que natural y legalmente comparte la responsabilidad familiar a plenitud.

de la labor pocas mujeres podrían estar físicamente aptas para desempeñarla, si no que considera que una prohibición genérica contemplada en una norma le impediría siquiera a una mujer que se tuviera por apta pretender demostrarlo, siendo por tanto tal norma discriminatoria.

Las desventajas materiales que de hecho afectan a las mujeres en el mercado de trabajo⁽¹⁸⁾, no deberían ser corregidas en un ordenamiento respetuoso del principio de igualdad a través de mecanismos protectores, fundados en el sexo, como los antes citados, que casi siempre revierten en contra de las mujeres, desalentando su contratación, sino de políticas promocionales⁽¹⁹⁾, apoyadas -como ya vimos- en la igualdad sustancial, cuya plasmación es un objetivo central en todo Estado social⁽²⁰⁾. A ellas se refiere el Tribunal Constitucional español como un «derecho desigual igualatorio».

3. LA PREFERENCIA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD SOBRE LAS NORMAS PROTECTORAS.

En el momento en que se dictaron en nuestro ordenamiento normas nacionales o que se incorporaron normas internacionales que establecieron disposiciones protectoras para la mujer en el trabajo, no se consideró que tales disposiciones eran incompatibles con el principio de igualdad ante la ley, más antiguo todavía. La situación de postración de la mujer en la esfera pública, así lo permitía. Sin embargo, el pensamiento evoluciona y hoy sí se tiene por contradictorias a unas y otro. Todas las normas injustificadamente protectoras deberían quedar, pues, eliminadas del ordenamiento. Así lo establece la Convención sobre

eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer⁽²¹⁾, que impone la revisión constante del ordenamiento en tal perspectiva, como nos lo recuerda el Tribunal Constitucional español.

Tal eliminación procedería en forma diversa en el caso del Convenio 45 OIT y la de Ley No. 2851 y sus complementarias. Estas últimas podrían en rigor considerarse automáticamente derogadas desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1979, que contenía en esta materia similares preceptos a los de la actual⁽²²⁾. El Poder Judicial, sin embargo, ha continuado aplicándolas.

La situación sería distinta en lo que respecta al Convenio 45 OIT. Este tratado internacional tendría con la Constitución de 1979 rango legal por no referirse a materia de derechos humanos, ya que desarrolla una cuestión no recogida por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos⁽²³⁾. La situación sería diferente con la actual Constitución, que reconoce a los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú que regulan derechos reconocidos también por aquélla, la condición de referente interpretativo indispensable, con lo que de algún modo los constitucionaliza⁽²⁴⁾. En ambos casos, haría falta la denuncia del Convenio 45 OIT, sujeta a sus propios términos, para considerar eliminada la norma de nuestro ordenamiento. En tanto ésta se produjera, podrían suscitarse soluciones diversas en el orden interno e internacional (CANESSA MONTEJO). El primero inclinado a preferir la Constitución sobre el tratado y el segundo a lo inverso. Para un organismo jurisdiccional nacional la prevalencia de la Constitución se apoyaría en que ésta, que es el fundamento de todo el sistema peruano de fuentes, se otorga a sí misma el primer nivel en la jerarquía y les confiere

(18) Se les relega a ciertas actividades «femeninas» o se les admite en otras «masculinas», pero con manifiesta postergación en cargos, remuneraciones, etc.

(19) Nuestra legislación viene transitando todavía muy tenuemente por ese rumbo. El Decreto Legislativo No. 728 prevé la creación de programas especiales de empleo en beneficio de mujeres con responsabilidades familiares (artículo 131, inciso a).

(20) Nuestra Constitución vigente sigue adoptando esa fórmula. Ver artículos 23, 43, 44 y 58, principalmente.

(21) Ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa No. 23432 (4/6/82).

(22) La Constitución de 1979 empleó una frase que generó cierta confusión: «La ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón», probablemente inspirada en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966, cuyo artículo 7 inciso a) señala que «deben asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres». Ratificado por el Perú mediante Decreto Ley No. 22129 (28/3/78). Nuestra mejor doctrina opinó que no podía conferirse a la mujer derechos mayores arbitrariamente. En otras palabras, las protecciones injustificadas se convertían en incompatibles con el principio de igualdad ante la ley, consagrado en el mismo precepto de la Constitución de 1979 (artículo 2, inciso 2).

(23) Ningún instrumento internacional de derechos humanos contiene prohibiciones de ejecutar determinadas labores para las mujeres.

(24) Cuarta Disposición Final y Transitoria, que reproduce textualmente el artículo 10, inciso 2 de la Constitución española.

a los tratados el de la ley, que es el segundo⁽²⁵⁾. En cambio, para un organismo jurisdiccional internacional prevalecería el tratado, por cuanto no puede dejarse sin efecto un compromiso internacional, a no ser que haya previa denuncia, por la mera producción de una norma interna, aunque esta fuera la propia Constitución⁽²⁶⁾.

BIBLIOGRAFÍA

BLANCO, Juan Eugenio. «La consideración igual de los iguales». En: Revista de Política Social, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967, No.74.

CANESSA MONTEJO, Miguel. «Los convenios de la OIT y la nueva Constitución peruana». En: Asesoría Laboral, Lima, Caballero, Obregón & Flores, enero de 1994, No. 37.

CREMADES, Bernardo María. «El tratamiento igual en la empresa». En: Revista de Política Social, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1969, No. 83.

NEVES MUJICA, Javier. «El principio de igualdad en el

ordenamiento laboral». En: Asesoría Laboral, Caballero, Obregón & Flores, octubre de 1992, No. 22.

O'DONNELL, Daniel. Protección internacional de los derechos humanos. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988.

ORÉ AGUILAR, Gaby. «Mujeres trabajadoras y legislación laboral: ¿protegidas o discriminadas?». En: Asesoría Laboral, Lima, Caballero, Obregón & Flores, octubre de 1992, No. 22.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel. «El principio de igualdad y las relaciones laborales». En: Revista de Política Social, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1979, No. 121.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁN-DEZ LÓPEZ, María Fernanda. Igualdad y discriminación. Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1986.

SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio. Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo. Madrid, ACARL, 1989. ☞

(25) Artículo 200, inciso 4.

(26) Así lo contempla la Convención de Viena de 1969 sobre derecho de los tratados y la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (CANESSA MONTEJO).