

Javier Neves Mujica

INTRODUCCIÓN AL DERECHO DEL TRABAJO



**FONDO
EDITORIAL**

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

4. Relaciones entre normas y actuación de los principios del Derecho del trabajo

4.1 CONCEPTO DE PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

Tanto la definición de los principios del Derecho del trabajo, como la identificación de las diversas funciones que ellos cumplen respecto del ordenamiento, con las que estamos más próximos, son las formuladas por Plá Rodríguez (1978: 9). Según este autor, los principios son líneas directrices que informan a las normas e inspiran soluciones y sirven en diversas fases de la vida normativa.

Podemos señalar las siguientes: para la producción de las normas, momento en el que debe acudir al carácter protector del Derecho del trabajo; para su interpretación, actividad en la cual el principio apropiado es el *in dubio pro operario*; para su aplicación, oportunidad en la que resolvemos un conflicto mediante la norma más favorable, o retenemos ventajas alcanzadas a través de la condición más beneficiosa; y para su sustitución, supuesto en el cual acudimos a los métodos de integración. Asimismo, se utilizan en hipótesis de afectación de derechos, por diversas vías (la primacía de la realidad, la irrenunciabilidad de derechos, la igualdad y la propia condición más beneficiosa desempeñan este papel).

La doctrina se pregunta si la recepción de los principios por el ordenamiento es necesaria para su vigencia o siquiera conveniente. Creemos

que hay acuerdo en que la plasmación de los principios en una norma no es indispensable para tenerlos como aceptados en un ordenamiento. Ello es, más bien, recomendable —porque los reforzaría— solo si se fuera a hacer en fórmula que no resultara limitativa de sus alcances. Esta regulación restrictiva es la que lamentablemente se da en la Constitución actual, respecto de la irrenunciabilidad de derechos y el *in dubio pro operario*, como veremos después.

4.1.1 Principios fundamentales del Derecho del trabajo

4.1.1.1 Irrenunciabilidad de derechos

Un derecho puede nacer de una norma dispositiva o imperativa. En el primer caso, su titular puede decidir libremente sobre él. El acto que contenga esta decisión será de disposición. En el segundo caso, el titular del derecho no puede abandonarlo por su voluntad. Si lo hace, su acto será de renuncia. Mientras la disposición es válida, la renuncia no.

El Derecho del trabajo está lleno de normas mínimas (imperativas hacia abajo y dispositivas hacia arriba), por tanto, los derechos reconocidos a los trabajadores son indisponibles para estos respecto de su parte imperativa pero no de la dispositiva. Veamos un ejemplo.

La Ley sobre Descansos Remunerados reconoce a los trabajadores el derecho a treinta días de vacaciones al año. El artículo 19 de la norma, sin embargo, tiene una estructura híbrida: quince de esos días deben ser necesariamente descansados y remunerados (parte imperativa), pero otros quince pueden ser cedidos por el trabajador, si este acuerda con su empleador que los va a laborar a cambio del pago de una compensación extraordinaria (parte dispositiva). Por consiguiente, si el trabajador conviene con su empleador en trabajar durante veinte de los treinta días de sus vacaciones, su acto será inválido respecto de los cinco días que exceden de los quince sobre los que la ley le permite disponer. Aquí habría una renuncia. Pero sobre los quince restantes no habría problema,

porque entran en el sector dispositivo de la ley. Sobre ellos habría solo una disposición y no una renuncia y, en consecuencia, un acto válido.

Pero precisemos aún más el caso. Si el trabajador aceptara prestar sus servicios durante diez de sus treinta días de vacaciones (moviéndose hasta allí dentro de la parte dispositiva de la ley, que le autoriza a ceder hasta quince), y lo hiciera sin acordar el pago de la compensación extraordinaria, sino solo mediante una retribución ordinaria, entonces su acto —respecto de esta específica cuestión— sería nuevamente inválido, porque ese aspecto de la parte dispositiva de la norma tiene carácter imperativo. Habría, por tanto, una renuncia.

De lo expuesto podemos concluir que hay una renuncia toda vez que el titular de un derecho nacido de una norma imperativa lo abandone voluntariamente. Esta situación será muy frecuente en el Derecho del trabajo cuando se produzcan actos de disposición, ya que la mayoría de las normas de esta área son de derecho necesario relativo. Aquí presu- mimos la imperatividad relativa de las normas, como hemos sostenido antes (punto 2.1). En cambio, será inusual en el Derecho civil, com- puesto básicamente por normas dispositivas. En esta área se presume la dispositividad de la norma, según declara el artículo 1356 del Código Civil, siendo la generalidad de sus derechos disponibles. Por excepción, no lo son los inherentes a la persona: a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás (artículo 5 del Código Civil). La cesión respecto de ellos, como precisa el propio precepto citado, sí constituiría una renuncia.

Pues bien, el principio de irrenunciabilidad de derechos es justamente el que prohíbe que los actos de disposición del titular de un derecho recaigan sobre derechos originados en normas imperativas y sanciona con la invalidez la trasgresión de esta regla.

La invalidez afecta a la cláusula que contiene la disposición vedada y no a todo el acto, al igual que en el Derecho civil, cuya norma aplicamos supletoriamente (artículo 224 del Código Civil).

Las cuestiones centrales que se suscitan a propósito de este principio son tres: si solo los derechos de los trabajadores son irrenunciables o también los de las organizaciones sindicales y, eventualmente, algunos del propio empleador (ámbito subjetivo); qué pasa con los derechos surgidos de productos no normativos derivados de actos, como las cláusulas obligacionales del convenio colectivo y los contratos de trabajo (ámbito objetivo); y, por último, desde cuándo y hasta cuándo un derecho es irrenunciable (ámbito temporal). Vamos a analizarlos en ese orden a continuación.

Los aspectos principales del ámbito subjetivo y objetivo los presentamos combinadamente en el cuadro adjunto, en el que pasamos revista a los supuestos más importantes de disposición e indagamos sobre su validez o invalidez y la aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos en cada uno de ellos. Los comentarios sobre esos supuestos los formulamos en los párrafos siguientes.

En el supuesto uno, una ley imperativa le reconoce al trabajador un derecho que este abandona mediante un acto, que será probablemente el contrato de trabajo. Por ejemplo, la ley otorga a los trabajadores dos gratificaciones al año de una remuneración cada una y él pacta que percibirá solo una. Es un caso evidente de infracción a una norma imperativa y, por tanto, de invalidez, y como la trasgresión la comete el propio titular del derecho opera el principio de irrenunciabilidad de derechos.

El segundo supuesto es similar al anterior, solo que el sujeto que dispone del derecho no es el titular sino la organización sindical. Esto sucedería si en el marco del ejemplo propuesto, por convenio colectivo se acordara que en la empresa se va a percibir dos gratificaciones al año, pero de media remuneración cada una. La cláusula del convenio colectivo

es inválida, pero no actúa el principio en mención. El sustento está en la prohibición de pactar contra las normas imperativas (artículo V del Título Preliminar del Código Civil).

En el tercer supuesto se produce una circunstancia igual a la del primero, pero con sujeto disponente colectivo y no individual. Aquí —en contra de los que piensan que el principio de irrenunciabilidad de derechos solo tutela a los trabajadores y no a las organizaciones sindicales, porque respecto de estas los poderes se equilibran con los del empleador—, vemos una disposición inválida y, por tanto, una renuncia. Esto ocurriría si la organización sindical abdicara por convenio colectivo (cláusula obligacional) un derecho que la ley le confiere, por ejemplo, el de negociar colectivamente a futuro. Es un campo plenamente apropiado para el desenvolvimiento del principio.

El supuesto cuatro es semejante al primero, con la única diferencia de que en el que analizamos ahora el derecho nace de un convenio colectivo (cláusula normativa) y no de la ley. Como ya vimos —en el punto 2.3.4— los convenios colectivos poseen imperatividad relativa para la autonomía individual. Por tanto, hay renuncia y funciona el principio.

En el quinto supuesto sucede que un convenio colectivo (cláusula normativa) había establecido un derecho en favor de los trabajadores, que un posterior convenio colectivo (cláusula normativa) deja sin efecto. Por ejemplo, en el primero se pactó una asignación por escolaridad, que en el segundo se elimina. No hay abandono de un derecho por su titular, sino privación por un tercero (como si se lo quitara una ley, cuando se lo dio otra ley) y, por consiguiente, no hay renuncia. Estamos más bien ante la derogación parcial del primer convenio colectivo por el segundo, que es inobjetable, aunque sus efectos sobre los antiguos trabajadores puedan negarse si se adopta la teoría de los derechos adquiridos (como vimos en el punto 3.2 y trataremos nuevamente en el 4.2.4.4).

El supuesto seis es el de un beneficio otorgado a la organización sindical por un convenio colectivo (cláusula obligacional), que por la misma vía se suprime después. Por ejemplo, un local para la realización de sus actividades. No hay norma imperativa —en verdad, norma alguna— ni, por consiguiente, derechos indisponibles. Usamos el Código Civil que permite al contrato (y la cláusula obligacional del convenio colectivo tiene esa naturaleza) extinguir obligaciones (artículo 1402).

En el supuesto siete sucede algo parecido, solo que aquí el derecho nace del contrato de trabajo en beneficio del trabajador y en una modificación posterior de aquel se le reduce o elimina. Tampoco existe norma imperativa —ni norma alguna— de por medio. No puede, por tanto, operar el principio de irrenunciabilidad de derechos.

Por último, en el octavo supuesto se produce una situación controvertida: el derecho surge del contrato en favor del trabajador, pero la organización sindical en un posterior convenio colectivo (cláusula normativa) lo deja sin efecto. Por ejemplo, si se había acordado en el contrato de trabajo una remuneración de 100 para un conserje y en el convenio colectivo, que fija una escala salarial para la empresa, se pone un tope de 80 para la remuneración de los conserjes. Es fácil descartar en este supuesto la aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos, porque no hay una norma imperativa en el origen del derecho ni un abandono de este por su titular. Pero la validez del convenio colectivo que contiene tal mandato resulta discutible. Este es un supuesto de sucesión —por tanto, objeto del punto 4.2.4.4— en el que se va a llegar a conclusiones diversas según el interés que se prefiera proteger: la supresión es inválida si se prefiere el interés individual, expresado en el contrato de trabajo, sobre el colectivo, contenido en el convenio colectivo y viceversa.

Terminado el análisis de los supuestos del cuadro, quedan pendientes dos asuntos: la extensión del principio a ciertos derechos del empleador y el ámbito temporal.

Respecto de lo primero, la doctrina concuerda en que el grueso de los derechos del empleador derivados de las relaciones laborales —no así, por cierto, los inherentes a la persona— son disponibles. Esto es lo que le permite a los empleadores asumir obligaciones frente a los trabajadores y las organizaciones sindicales. Pero una porción mínima de derechos, sin los cuales la relación laboral queda desnaturalizada, es indisponible. Aquí se encuentran los aspectos estructurales del poder de dirección. Una privación total y permanente del poder disciplinario, por ejemplo, nos parecería inválida.

En lo referido al ámbito temporal de aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos, nos interesa distinguir la oportunidad desde la que se prohíbe el acto de renuncia de aquella en la que se adquiere un derecho (a la cual nos referiremos con más detalle en el punto 4.2.4.4). Un derecho es irrenunciable desde que se constituye la relación laboral, siempre que esté amparado por una norma imperativa, aunque todavía los requisitos para su disfrute no se hayan producido y, por consiguiente, el derecho no se haya adquirido.

Pongamos el siguiente ejemplo. Si un trabajador acuerda con su empleador al inicio de la relación laboral que no tendrá vacaciones, el pacto es inválido por infringir una norma imperativa, aun cuando en esa fecha el trabajador no había cumplido el tiempo de servicios requerido para la percepción del beneficio.

El derecho nacido de una norma imperativa, por otra parte, es irrenunciable más allá de la extinción de la relación laboral, mientras no se cumpla con hacerlo efectivo. En otras palabras, si resuelto el contrato de trabajo el empleador tuviera deudas pendientes con el trabajador; este tiene derecho a reclamarle su pago. Aquí hay que tener en cuenta los términos para la prescripción de la acción de cobro que estableció el ordenamiento (de cuatro años, computados desde el día siguiente a aquel en que se extingue el vínculo laboral, según la Ley 27321). Pero esta es cuestión distinta.

Finalmente, una breve mención a la regulación del principio de irrenunciabilidad por la Constitución actual (numeral 2 del artículo 26), reproducida por la Ley Procesal del Trabajo (artículo III del Título Preliminar). Se proclama el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley. Ello nos parece doblemente impreciso, porque —de un lado— ni todos los derechos nacidos de la ley son irrenunciables, dado que los beneficios originados en las normas dispositivas o partes dispositivas de las normas no tienen ese carácter; ni —del otro— solo esos derechos son irrenunciables, sino también los surgidos de las demás normas imperativas, entre ellas, especialmente los convenios colectivos, que no pueden dejarse sin efecto por la autonomía individual, como proclama el artículo 43 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Esto último está implícito, además, en la fuerza vinculante de los convenios colectivos que enuncia la Constitución (numeral 2 del artículo 28). Hubiera sido conveniente una concordancia entre estos preceptos constitucionales al regular el principio.

Lamentablemente, la definición restrictiva del principio efectuada por la Constitución ha sido interpretada literalmente por el Tribunal Constitucional en la sentencia dictada en el proceso de inconstitucionalidad contra la Ley Marco del Empleo Público. En el fundamento 24 de este pronunciamiento, dice el Tribunal Constitucional: «Así, conforme se desprende de lo previsto en el inciso 2) del artículo 26º de la Constitución, la irrenunciabilidad solo alcanza a aquellos (...) *derechos reconocidos por la Constitución y la ley*. No cubre, pues, a aquellos provenientes de la convención colectiva de trabajo o la costumbre». Esta lectura está en abierta contradicción con la fuerza vinculante de los convenios colectivos, atribuida por la propia Constitución en el numeral 2 del artículo 28, de la que deriva su aplicación imperativa a las relaciones individuales de trabajo, reconocida por el inciso a) del artículo 43 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Carecería por completo de sentido suscribir un convenio colectivo, en el ámbito de la equiparada autonomía colectiva,

Cuadro 6:
Principio de irrenunciabilidad de derechos

Supuesto	Derechos nacidos de	Titular del derecho	Sujeto que dispone	Efectos de la disposición Aplicación del principio
1	Ley	Trabajador	Trabajador	Invalidez Opera el principio
2	Ley	Trabajador	Organización sindical	Invalidez No opera el principio
3	Ley	Organización sindical	Organización sindical	Invalidez Opera el principio
4	Convenio colectivo	Trabajador	Trabajador	Invalidez Opera el principio
5	Convenio colectivo	Trabajador	Organización sindical	Validez No opera el principio
6	Convenio colectivo	Organización sindical	Organización sindical	Validez No opera el principio
7	Contrato de trabajo	Trabajador	Trabajador	Validez No opera el principio
8	Contrato de trabajo	Trabajador	Organización sindical	Validez o invalidez No opera el principio

Elaboración: propia

para que de inmediato se permitiera al trabajador, en el ámbito de la desigual autonomía individual, su descuelgue. La misma sentencia que comentamos reconoce, entre las «principales características» de los convenios colectivos: «La supraordenación del convenio colectivo sobre el contrato de trabajo; ello en virtud a que el primero puede modificar los aspectos de la relación laboral pactada a título individual, siempre que sea favorable al trabajador» (fundamento 31). La tesis del Tribunal Constitucional nos llevaría a la absurda conclusión de que el convenio colectivo incide sobre los derechos individuales existentes a su entrada en vigencia, pero que mediante futuros actos individuales podría pactarse en contra de aquel.

4.1.1.2 Igualdad ante la ley, de trato y de oportunidades

En este tema intervienen dos conceptos fundamentales, que son los de igualdad y discriminación, cuyos significados han venido evolucionando en las últimas décadas, y han modificado la relación que guardan entre sí. En esta evolución se puede identificar dos fases centrales, la primera de las cuales es la de la igualdad formal y su correspondiente discriminación directa, y la segunda —que no niega a la anterior sino construye sobre ella—, la de la igualdad sustancial y su correspondiente discriminación indirecta. De cada una de ellas vamos a ocuparnos a continuación.

En la primera fase, la igualdad exige una verificación de hecho para comparar individuos y determinar si su situación es semejante o no, y después reclama un trato correspondiente a lo comprobado. De este modo, el trato no puede ser desigual para los iguales ni igual para los desiguales.

Según el carácter público o privado del sujeto obligado a no procurar esa disparidad en el trato, se distingue la igualdad ante la ley y la igualdad de trato, respectivamente. La primera vincula al Estado en el ejercicio de cada una de sus funciones primordiales: la legislativa, la administrativa y la jurisdiccional. Así, por ejemplo, tanto al producirse como al aplicarse la ley, debe respetarse el principio.

Esta manifestación de la igualdad está recogida por nuestra Constitución en el numeral 2 del artículo 2. Y algunas expresiones más concretas de ella también cuentan con recepción normativa: por ejemplo, la prohibición al Poder Legislativo de expedir leyes especiales por la diferencia de las personas, restringiéndolas a los casos en que la naturaleza de las cosas así lo exija (artículo 103 de la Constitución); y al Poder Judicial —aquí con más matices— de apartarse del precedente que hubiera establecido, salvo con la debida fundamentación (entre otros, el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como vimos en el punto 2.4.1).

La igualdad ante la ley está reconocida también por numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos: artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros; todos incorporados a nuestro derecho interno.

La segunda es la igualdad de trato, que vincula a la autonomía privada en sus diversas exteriorizaciones, normativas o no normativas. Quedan comprendidas las decisiones unilaterales del empleador (no contratar o no promover o sancionar a un trabajador), de la organización sindical (no admitir, impedir la participación o separar a un afiliado), o de la autonomía colectiva (excluir de los alcances de un convenio colectivo o conferir ventajas mayores a unos trabajadores), ejemplos que quedarían proscritos si se hubieran adoptado arbitrariamente.

La igualdad de trato ya no tiene mención por su nombre en nuestra actual Constitución, como la tenía en la anterior. El numeral 1 del artículo 26 se refiere a la igualdad de oportunidades, que es un concepto distinto —como veremos luego—, aunque por su propia naturaleza necesariamente supone a la primera. Además, diversos convenios internacionales del trabajo —como el 100 sobre igualdad de remuneración entre varones y mujeres, y el 111 sobre discriminación en materia de empleo y ocupación—, aprobados y ratificados por el Perú, la proclaman. Es pertinente recordar aquí que, en virtud de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, todos los tratados mencionados configuran el contexto en que deben interpretarse los preceptos de aquella en materia de igualdad (a lo que nos referimos en el punto 2.3.2).

Pues bien, en esta fase, si se verifica el trato proscrito por el principio sin justificación, estamos ante una discriminación directa. Este término tiene dos significados de alcances diversos. Según el primero, hay discriminación

roda vez que se practique una distinción arbitraria, esto es, carente de causa objetiva y razonable. Conforme al segundo, solo la hay si dicho trato se funda en un motivo prohibido por el ordenamiento. La discriminación, en cualquier caso, no se producirá cuando la distinción se encuentre justificada en la naturaleza de la actividad o las condiciones de su ejercicio.

El antes citado Convenio Internacional del Trabajo 111 define la discriminación como cualquier distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad en el empleo y la ocupación (artículo 1).

Los ordenamientos suelen seguir en esta cuestión a los instrumentos internacionales de derechos humanos y prohíben la discriminación, señalando un listado de causas especialmente vedadas, en fórmula abierta. Así lo hace nuestra Constitución, en el numeral 2 de su artículo 2, cuando impide la discriminación por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. Es claro que los motivos resaltados no son los únicos prohibidos, sino solo los más perniciosos; cualquier otro equivalente, por su utilización histórica o socialmente significativa, debería quedar comprendido. La libertad sindical, por ejemplo, no se encuentra en la citada relación, pero es evidente —por tratarse de un derecho constitucional— que despedir a un trabajador por desempeñar actividades sindicales configura una discriminación. No queda duda de esto en el numeral 1 del artículo 26 de la propia Constitución, que sanciona la discriminación sin formular ningún listado de causas.

Numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos rechazan expresamente la discriminación. Este es —entre otros— el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos (numeral 1 del artículo 2), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (numeral 1 del artículo 2), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales

y Culturales (numeral 2 del artículo 2), de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo II), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 1) y de su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 3).

Desde la perspectiva expuesta, serían actos discriminatorios —por ejemplo— que la ley impidiera a los extranjeros residentes en el país ocupar cargos directivos en las organizaciones sindicales o que el empleador concediera beneficios mayores para los trabajadores no afiliados que para los afiliados a una organización sindical; pero no lo serían —por ejemplo— el otorgamiento por la ley de una bonificación en función de la antigüedad del trabajador, o la imposición por el empleador de una sanción más severa al trabajador reincidente que al primerizo.

Si la discriminación afecta la igualdad ante la ley, dependerá de la forma jurídica que revista el acto transgresor del principio para determinar el mecanismo idóneo para impugnarlo o inaplicarlo: uno de los procesos constitucionales, una acción contencioso-administrativa o un recurso de casación. Si lesiona la igualdad de trato, las vías apropiadas serían el proceso ordinario laboral o el de amparo, según los casos.

La discriminación —tanto la directa como la indirecta, que veremos luego— está proscrita a lo largo de toda la vida de la relación laboral, desde su constitución hasta su extinción. Además, la discriminación se encuentra tipificada como delito por el artículo 323 del Código Penal. La Bolsa de Trabajo en el sector de construcción civil, creada por la Ley 25202, ahora derogada, fue un buen intento de evitar la discriminación antisindical y por edad en la constitución de la relación laboral. Ahora se busca impedir la discriminación en esta fase a través de la Ley 26772 (reglamentada por el Decreto Supremo 2-98-TR), que actúa solo sobre las ofertas de empleo, por lo que resulta insuficiente. Las fases de ejecución y extinción de la relación laboral están cubiertas por la Ley de Productividad

y Competitividad Laboral a través de las figuras de los actos de hostilidad (artículo 30) y del despido nulo (artículo 29), respectivamente. A estas dos mismas fases se refiere el numeral 4 del artículo 3 de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, que proscribe la discriminación en empresas de cualquier dimensión mediante actos como remunerar, capacitar, entrenar, promocionar, despedir o jubilar al personal. Los supuestos de nulidad del despido han sido ampliados por el artículo 6 de la Ley 26626, que agrega como causa el VIH/SIDA. Esta tutela se extiende —aunque con una redacción poco afortunada— al ejercicio del poder disciplinario por el empleador (artículo 33 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral). De otro lado, la Ley que regula los Servicios de Tercerización permite a los trabajadores impugnar la no renovación de un contrato originada en una lesión de la libertad sindical o del mandato de no discriminación y pretender, en tal caso, su reposición (numeral 4 del artículo 7). Por último, estas tres fases están reguladas en específico para las personas con discapacidad, por el numeral 2 del artículo 31 de la Ley General de la Persona con Discapacidad.

Un área de especial interés en la actuación del principio de igualdad es la de los derechos de la mujer. Aquí, concepciones antiguas entendían que la mujer era merecedora de protección por el Estado por su inferioridad física e intelectual respecto del varón. Esa protección se plasmaba en dos tipos distintos de medidas: de un lado, prohibiciones para desempeñar algunas actividades o hacerlo en ciertas condiciones; y del otro, ventajas en términos de beneficios. En el Perú, la Ley sobre Trabajo de Mujeres y Menores, respecto de lo primero, impedía a las mujeres realizar trabajo nocturno, o en domingo o feriados, o labores subterráneas, en minas, canteras u otras peligrosas para la salud; y respecto de lo segundo, reconocía una jornada semanal de 45 horas, dos horas continuas de descanso al día entre la labor de la mañana y la de la tarde, 25% de indemnización adicional por accidente de trabajo y derecho a un asiento.

Por otra parte, esa misma legislación confería a la mujer, pero ya no por el motivo antes señalado, sino en tutela de la maternidad, un conjunto de beneficios distintos: 90 días de indemnización por despido en los tres meses anteriores o posteriores al parto, una sala cuna en la empresa cuando esta ocupaba a 25 trabajadoras mayores de 18 años y una hora de lactancia al día.

Todo el primer bloque de medidas protectoras fundadas únicamente en el sexo debió considerarse automáticamente derogado desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1979, que consagró el principio de igualdad ante la ley. Pero como aquella autorizaba a la ley a otorgar a la mujer derechos no menores que al varón (numeral 2 del artículo 2), nuestra jurisprudencia entendió que todo el ordenamiento anterior subsistía. No entró a considerar que los actos del primer bloque eran discriminatorios, porque conllevaban distinciones injustificadas respecto de la mujer, con un pretendido favorecimiento, que muchas veces resultaba perjudicial para su inserción en el mercado de trabajo.

Con la dación de la Ley 26513, modificatoria de la Ley de Fomento del Empleo, se fue al extremo opuesto: la Tercera de las Disposiciones Complementarias, Transitorias, Derogatorias y Finales, eliminó toda la legislación sobre trabajo de mujeres y menores, incluyendo la que protegía la maternidad. De ella, solo fue restablecido el descanso pre y postnatal por la Ley 26644 (modificada por las Leyes 27402 y 27606) y el permiso por lactancia materna por la Ley 27240 (precisada por la Ley 27403 y modificada por las Leyes 27591 y 28731). Posteriormente, se creó la licencia laboral por adopción (Ley 27409), se brindó protección a la mujer gestante frente al desempeño de labores riesgosas para la salud o la del feto (Ley 28048) y se amplió en 30 días la percepción del subsidio por maternidad en caso de nacimiento múltiple (Ley 28239, modificatoria de la Ley 26790).

La doctrina considera que no constituye discriminación un régimen de amparo de la maternidad en beneficio de las mujeres que estén en tal situación, porque esa es una causa objetiva y razonable de distinción.

Por último, la igualdad de esta fase es formal porque no pretende modificar la realidad sino incidir sobre la regulación o los comportamientos que se producen en aquella.

En la segunda fase de la evolución a que aludimos al inicio los conceptos de igualdad y discriminación se modifican. En lo que respecta al primero, se pretende verificar si en los hechos los diversos grupos tienen las mismas oportunidades para disfrutar de los beneficios o no. Si se llega a una respuesta negativa, se puede llevar a cabo una política de igualación efectiva en favor de los colectivos disminuidos. Son las llamadas acciones positivas. No se consideran discriminatorias, aunque transitoriamente conlleven medidas desiguales, ya que su objetivo final concuerda con el de un Estado social de derecho: la igualdad sustancial. El Tribunal Constitucional español denomina a este fenómeno como derecho desigual igualatorio. Estamos, pues, ante la igualdad de oportunidades.

Nuestra Constitución proclama este principio en el numeral 1 de su artículo 26, así como los pilares en que se sostiene: la defensa de la persona y el respeto de su dignidad (artículo 1), el carácter democrático y social del Estado (artículo 43), el deber del Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación (artículo 44), la adopción de una economía social de mercado (artículo 58), etc.

A nivel de legislación, sin embargo, es muy poco lo avanzado en este terreno. La Ley de Formación y Promoción Laboral prevé los Programas Especiales de Empleo, que favorecerán a las categorías laborales con mayores dificultades para acceder al mercado de trabajo: mujeres con responsabilidades familiares, trabajadores mayores de 45 años y trabajadores con

limitaciones físicas, intelectuales o sensoriales (artículos 36 y 37). Este último grupo ha sido favorecido con diversas acciones positivas, por la Ley General de la Persona con Discapacidad. Pero es mínimo lo que se ha implementado de todo esto.

En este marco surge la discriminación indirecta, concebida como el impacto adverso que producen medidas aparentemente neutras sobre un colectivo, en proporción mayor que sobre los demás. Se trata de decisiones que se aplican por igual a todos, pero como entre ellos hay grupos que en los hechos tienen ventajas sobre otros, ocasionan efectos diversos: talla y peso, grado de instrucción, antecedentes penales, etc. El colectivo afectado tendría que serlo en función a uno de los motivos arraigados y extendidos de segregación (sexo, raza, religión, opinión u otros similares). La discriminación indirecta, pues, solo tiene cabida si en materia de discriminación directa se asume la acepción estricta que planteamos antes y no la amplia, ya que conforme a esta no habría medidas neutras. No interesa si hay o no en el agente intención lesiva. Para no resultar discriminatorias esas medidas tienen que encontrar justificación en una necesidad de la empresa y no existir otras alternativas.

Este sería el caso, por ejemplo, de un empleador que convocara trabajadores para ocupar un puesto de operario de limpieza, con el requisito de tener una estatura mínima de 1,70 metros. La exigencia tendría que ser satisfecha por igual por cualquier postulante, pero en los hechos los aspirantes varones tendrían mayores probabilidades de cumplimiento del requisito que las mujeres. No parece ser indispensable para la empresa que los operarios de limpieza cuenten con dicha estatura. Estamos, por tanto, ante una discriminación indirecta.

Esta forma de discriminación, como la otra, se encuentra prohibida por nuestra Constitución, en el numeral 2 de su artículo 2 y el numeral 1 de su artículo 26 y por los instrumentos internacionales de derechos humanos que mencionamos antes. El acto que constituye una discriminación

indirecta debe invalidarse por el organismo jurisdiccional encargado de conocer sobre él. Un mecanismo eficaz de protección del afectado en ambos tipos de discriminación es el de la inversión de la carga probatoria: presumir la existencia de discriminación toda vez que haya indicios fundados de ella.

La igualdad de esta segunda fase, pues, sí intenta corregir los desequilibrios que se producen en la vida socioeconómica.

4.1.1.3 Otros que operan en el campo de las relaciones entre normas y hechos, y entre normas

A diferencia de la irrenunciabilidad de derechos y de la igualdad en sus distintas acepciones, que se desenvuelven en el ámbito de los derechos de los trabajadores, otros principios del Derecho del trabajo muy conocidos y utilizados operan en el campo de las relaciones entre las normas y los hechos o entre las normas. Este es el caso del *in dubio pro operario* para la interpretación de las normas oscuras en favor del trabajador; la norma más favorable, para la selección de la que conceda más ventajas al trabajador, entre las que incurren en conflicto; y la condición más beneficiosa, para la conservación de las ventajas alcanzadas frente a hipótesis de sucesión normativa de disminución de beneficios. Este último, como veremos después, se mueve mejor frente a derechos de origen no normativo. Todos estos principios serán objeto de análisis en los puntos 4.2.3.1, 4.2.4.3 y 4.2.4.4, respectivamente.

4.2 RELACIONES ENTRE NORMAS Y HECHOS, Y ENTRE NORMAS

4.2.1 Explicación

Las normas son producidas para regular hechos. Pero bajo esta lógica pueden producirse diversas hipótesis. Ellas están enunciadas en el cuadro adjunto y son las cuatro siguientes: 1) que no haya norma aplicable,