

DISCRIMINACIÓN POR MATERNIDAD EN EL TRABAJO Y ACOSO SEXUAL

José BALTA VARILLAS

La legislación peruana contiene una serie de normas internas que regulan la igualdad entre varones y mujeres, la discriminación en el empleo, el acoso sexual y la maternidad en el trabajo. Asimismo, dicha legislación se complementa con una serie de convenios y tratados internacionales que regulan esas materias. No obstante, todo indica que dicho conjunto de normas aún requiere de diversas mejoras y precisiones para convertirlas en un medio real y efectivo de protección a la mano de obra femenina, que enfrenta una problemática distinta de la de la mano de obra masculina. El presente trabajo pretende mostrar al lector un panorama de las normas legales internas y de los convenios y tratados internacionales aplicables en el Perú en relación con los temas antes señalados. No se trata de un trabajo meramente descriptivo, pues en muchos casos —cuando las circunstancias lo ameritan y la limitación de espacio lo permite— se llama la atención y analizan las limitaciones y defectos más importantes de dicha legislación.

En el Perú existen numerosas normas legales que regulan los temas que son materia de este artículo, aunque lamentablemente ellas no han sido suficientes para lograr una igualdad real entre hombres y mujeres. Así, se ha sostenido que

...una de las paradojas más llamativas de la problemática, relacionada con el tratamiento por parte del ordenamiento jurídico de la posición de la mujer en el mercado de trabajo, se encuentra representada por la contradicción que existe entre la abundancia de normas dirigidas a asegurar el trato igualitario de la mujer respecto del varón y de la persistencia de los datos que afirman que la misma se desenvuelve en el ámbito laboral en una posición de clara desventaja respecto de aquél.¹

¹ Sanguineti Raymond, Wilfredo, “Mecanismos legales de lucha contra la discriminación de la mujer en el trabajo: una revisión crítica”, *Revista Derecho y Sociedad*, año XVI, núm. 24, 2005, p. 271.



I. IGUALDAD DE DERECHOS ENTRE LA MANO DE OBRA FEMENINA Y LA MASCULINA

En el Perú se ha conceptualizado acertadamente al principio de igualdad en una doble dimensión.

De un lado, como un principio rector de todo el ordenamiento jurídico del Estado democrático de derecho, siendo un valor fundamental y una regla básica que éste debe garantizar y preservar. Y, de otro lado, como un derecho constitucional subjetivo, individualmente exigible, que confiere a toda persona el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y de no ser objeto de forma alguna de discriminación.²

En este contexto, el ordenamiento jurídico peruano contiene diversas normas internas e internacionales en materia de igualdad. El artículo 2o., inciso 2, de la Constitución Política del Perú, que será analizado más adelante, sin duda es el de mayor relevancia. Pero no es el único. El artículo 4o. del Código Civil, aplicable supletoriamente a las relaciones laborales, señala que el varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles.

Como veremos a continuación, existen otras normas a nivel nacional e internacional que amplían, precisan y profundizan la regla de la igualdad entre hombres y mujeres.

1. *Fundamento en normas constitucionales*

La igualdad entre hombres y mujeres está reconocida expresamente a nivel constitucional.

De un lado, el artículo 2o., inciso 2, de la Constitución Política del Perú señala que todos tienen derecho a la igualdad ante la ley y que “nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

De otro lado, el inciso 1 del artículo 26 de la Constitución Política del Perú señala que en la relación laboral se respeta el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación.

² Eguiguren Praeli, Francisco, *Estudios constitucionales*, Lima, Ara Editores, 2002, p. 96.

2. *Adopción de normas internacionales*

Existen numerosos tratados y convenios internacionales que aluden a la igualdad entre el varón y la mujer. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado mediante Decreto Ley núm. 22128), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (aprobado mediante Decreto Ley núm. 22129), la Convención Americana de Derechos Humanos (aprobada mediante Decreto Ley núm. 22231), la Convención Interamericana sobre Concesión de Derechos Políticos a la Mujer (aprobada mediante Resolución Legislativa núm. 12409), la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (aprobada mediante Decreto Ley núm. 21177), el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado por la Constitución Política del Perú) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (aprobada mediante Resolución Legislativa núm. 25278), son algunos de ellos.

No obstante, existen otros instrumentos internacionales más específicos que apuntan a la igualdad entre el varón y la mujer. Dentro de ellos destacan la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el Convenio núm. 100 de la Organización Internacional del Trabajo.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por Resolución Legislativa núm. 23432, es el instrumento internacional de mayor importancia en cuanto a la igualdad entre el varón y la mujer.

Son diversas las normas de la Convención relativas a la igualdad entre el hombre y la mujer, llegando inclusive a señalar que

...la adopción por los Estados partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad *de facto* entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

A su vez, el Convenio núm. 100 de la Organización Internacional del Trabajo, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional

del Trabajo el 6 de junio de 1951 y aprobado por el Perú a través de la Resolución Legislativa núm. 13284 del 15 de diciembre de 1959, regula la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres.

El Convenio y la Recomendación de 1951 sobre igualdad de remuneración, siguiendo la redacción del Preámbulo de la Constitución de la OIT, determina que ha de establecerse la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina “por un trabajo de igual valor”. De este modo, a diferencia de otros instrumentos sobre igualdad de trato, las normas de la OIT, al elegir el “valor” del trabajo como centro de la comparación, tienen un sentido más amplio que las expresiones “el mismo trabajo” o “trabajos similares”.³

3. *Legislación específica en materia de seguridad social*

No existen normas internas que regulen de manera explícita la igualdad en el ámbito de la seguridad social. Posiblemente esto se deba a que en el ámbito de la seguridad social sí se establecen diferencias entre hombres y mujeres, aunque las mismas están exclusivamente referidas a la maternidad y al cuidado del hijo durante el periodo inmediatamente posterior al parto.

No obstante, la Constitución Política del Perú se refiere al carácter universal de la seguridad social, en el que se comprenden algunas facetas del principio de igualdad. En efecto, el artículo 10 de la Constitución Política del Perú señala que el Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.

En ese sentido, debe destacarse que tanto hombres y mujeres se encuentran comprendidos en el ámbito de la seguridad social. Si bien el principio de igualdad que reconoce el artículo 20., inciso 2, de la Constitución Política del Perú permite todas las diferencias que no sean arbitrarias, también es posible concluir que hombres y mujeres se encuentran protegidos por igual en materia de seguridad social, con la única excepción de todo aquello relacionado con la maternidad y el cuidado del recién nacido.

³ “Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)”, *Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 100) y a la Recomendación (núm. 90) sobre Igualdad de Remuneración, 1951*, OIT, 1986, p. 12.

II. DISCRIMINACIÓN

Las fuentes normativas más importantes vinculadas con la discriminación en el empleo son la Constitución Política del Perú, el Convenio núm. 111 de la Organización Internacional del Trabajo, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y la Ley núm. 27270.

Sin embargo, debe destacarse que existen algunas otras normas que son relevantes en esta materia, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y las leyes núms. 26626 y 27050, entre otras.

1. *Fundamento constitucional*

La Constitución Política del Perú contiene normas vinculadas con la discriminación, y en especial con la discriminación en el empleo: los artículos 2o., inciso 2, y 26, inciso 1, mencionados anteriormente al analizar el principio de igualdad.

En lo que atañe a la primera norma, sin duda la más importante, es menester señalar que no son pocas las dificultades de interpretación que presenta. La principal de ellas está referida al significado de la frase “condición económica o de cualquiera otra índole”. Aunque es dudoso que ésta haya sido la intención del legislador, no son pocos los que ven en esta frase la perfecta excusa para incluir en el listado de la norma a casi todo motivo imaginable de desigualdad o diferenciación. Así, según estas personas, esta última frase no haría otra cosa que destacar el carácter abierto del listado.

2. *Normas internacionales*

Son diversos los convenios y tratados internacionales que regulan esta materia. Sin perjuicio de los ya mencionados, sin duda destaca el Convenio núm. 111 de la Organización Internacional del Trabajo. Este Convenio fue adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 25 de junio de 1958 y aprobado por el Perú a través del Decreto Ley núm. 17687 del 6 de junio de 1968.

Dicho Convenio impone a los Estados miembros una obligación de hacer: adoptar las medidas necesarias para crear un régimen de igualdad de trato y de oportunidades en el empleo, sin discriminación de ningún tipo basada en

las específicas razones que en el mismo se mencionan, una de las cuales es el sexo.

El Convenio también define a la discriminación en el empleo, señalado que “...el término discriminación comprende... cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

La excepción más importante a la regla está constituida por las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado, que no serán consideradas como discriminación. Los propios documentos emitidos por la Organización Internacional del Trabajo con posterioridad a la adopción del Convenio 111 establecen que “la excepción... debe interpretarse de una forma estricta para que no conduzca a una limitación indebida de la protección que tiende a asegurar el Convenio”.⁴ En idéntico sentido, Rodríguez-Piñero y Fernández López señalan, comentando dicho Convenio, que el mismo “...considera como no discriminatorias las calificaciones (de color, sexo, religión, etcétera) exigidas para un empleo determinado. Se trata de una excepción muy rigurosa que debe responder no sólo a una justificación objetiva, sino a una rigurosa necesidad en relación con las tareas concretas a desarrollar en el puesto de trabajo en cuestión”.⁵

3. *Legislación específica en materia laboral*

El ordenamiento legal peruano no contiene una ley que regule de manera integral y orgánica el fenómeno de la discriminación en el empleo. Sin embargo, destacan dos leyes en esta materia.

A. *La Ley de Productividad y Competitividad Laboral*

El Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo núm. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), fue aprobado por Decreto Supremo núm. 003-97-TR.

La LPCL contiene diversas normas relativas a la discriminación en el empleo. En primer lugar, el inciso *f* del artículo 30 de la LPCL señala que son ac-

⁴ Véase *ibidem*, p. 146.

⁵ Rodríguez-Piñero, Miguel y Fernández López, María Fernanda, *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 97 y 98.

tos de hostilidad, equiparables al despido, los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma.

Lo que salta a primera vista de esta norma es que la misma contiene un listado de motivos discriminatorios más reducido que el que contiene tanto la Constitución Política del Perú como el Convenio núm. 111 de la OIT. Apparentemente el legislador habría querido atribuir las consecuencias jurídicas de los actos de hostilidad únicamente a aquellos que se basan en estos cinco específicos motivos, lo que ciertamente no quita el carácter discriminatorio a los actos que se basan en los demás motivos prohibidos previstos tanto en la Constitución Política del Perú como en el Convenio núm. 111 de la OIT; estos últimos actos serán actos discriminatorios, pero no podrán ser considerados como actos de hostilidad.

Ahora bien, el artículo 49 del Reglamento de la LPCL, aprobado por Decreto Supremo núm. 001-96-TR, establece que “se considera discriminatoria, para efectos de lo dispuesto por el inciso *d* del artículo 62⁶ de la Ley, una notoria desigualdad no sustentada en razones objetivas o el trato marcadamente diferenciado entre varios trabajadores”. Ciertamente, la norma contiene dos supuestos bastante ambiguos, pero que en cualquier caso forzosamente tienen que ser interpretados en el sentido de que tanto la desigualdad como el trato marcadamente diferenciado tienen que estar sustentados en uno de los cinco factores prohibidos de diferenciación previstos en el inciso *d* del artículo 30 de la LPCL.

En segundo lugar, la LPCL regula todo lo relativo al despido nulo, que no es otra cosa que el despido discriminatorio, toda vez que lo que la legislación peruana ha hecho es prohibir a los empleadores la utilización de ciertos motivos para despedir a los trabajadores. Un trabajador puede ser despedido sin motivo alguno o incluso con base en un motivo errado.⁷ Esto no hace que el despido sea nulo. Para que el despido sea nulo debe estar motivado en las razones que la ley expresamente señala.

El artículo 29 de la LPCL señala que es nulo el despido que tenga por motivo: *a*) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;

⁶ El reglamento, que data de 1996, hace referencia expresa al inciso *d* del artículo 62 del Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado por Decreto Supremo núm. 05-95-TR. Esta norma equivale en la actualidad al inciso *d* del artículo 30 de la LPCL.

⁷ Esta frase ha sido redactada únicamente en función de lo que claramente establece la legislación peruana, sin tomar en cuenta la reciente posición del Tribunal Constitucional sobre el despido, que no ha hecho otra cosa que rescribir tanto la Constitución Política del Perú como la LPCL en esta materia.

b) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; c) presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que se configure la falta grave contemplada en el inciso *f* del artículo 25; d) la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma, y e) el embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 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.⁸

De acuerdo con la legislación peruana, entonces, como se ha señalado, el despido nulo no es otra cosa que un despido basado en ciertos motivos expresamente señalados en la LPCL. En ese sentido, resulta fácil comprobar que lo que se conoce como nulidad del despido no es otra cosa que el despido discriminatorio, ya que éste tiene precisamente por característica esencial el que el empleador utilice una cierta razón expresamente prohibida por la legislación —la raza, el sexo, la religión, etcétera— para despedir a un trabajador.

Es cierto que la legislación peruana lleva a confusión sobre este tema, dado que denomina como despido discriminatorio únicamente al regulado en el inciso *d* del artículo 29 de la LPCL, que se refiere a la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma. Sin embargo, no existe diferencia conceptual alguna entre ese despido y el despido que se basa, por ejemplo, en la actividad sindical de un trabajador. En todos los casos la ley les da exactamente el mismo tratamiento y les atribuye las mismas consecuencias. Repárese en que el mencionado inciso *d* bien pudo ser la parte introductoria del artículo 29, debiéndosele agregar únicamente, dentro de los motivos prohibidos de diferenciación, la actividad sindical, el embarazo, etcétera. Dicho de otro modo, el artículo 29 ha dividido —sin consecuencia significativa alguna— el listado de causas del despido discriminatorio.

Finalmente, conviene destacar que el artículo 37 de la LPCL señala que ni el despido ni el motivo alegado se deducen o presumen; quien los acusa debe probarlos. El artículo 52 del Reglamento precisa que la acción de nulidad de despido requiere que cuando menos uno de los motivos a que se refiere el artículo 29 de la LPCL sea expresamente invocado y acreditado por el trabajador como razón del mismo.

⁸ La norma agrega que su aplicación está supeditada a que el empleador haya sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y que no se enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa.

Asimismo, es conveniente señalar que el último párrafo del artículo 34 de la LPCL señala que en los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda, el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia opte por la indemnización por despido. En estos casos, además, y de acuerdo con el artículo 40 de la LPCL, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo el despido nulo hasta la fecha de reposición, con deducción de los periodos de inactividad procesal no imputables a las partes. De igual manera, el juez deberá ordenar los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y, de ser el caso, sus intereses. El artículo 54 del Reglamento establece que el periodo dejado de laborar por el trabajador, en caso de despido nulo, será considerado como de trabajo efectivo para todos los fines, incluyendo los incrementos que por ley o convención colectiva le hubieran correspondido al trabajador, excepto para el récord vacacional.

B. Ley contra Actos de Discriminación

La Ley núm. 27270 —denominada Ley contra Actos de Discriminación— fue publicada en el diario oficial *El Peruano* el 29 de mayo de 2000.

Esta Ley incorpora al Código Penal el delito de discriminación (que posteriormente fue reformada por la Ley núm. 28867) y modifica íntegramente la Ley núm. 26772, que desde abril de 1997 reguló todo lo concerniente a las ofertas de empleo discriminatorias.

La Ley núm. 27270, en términos generales, es una ley deficiente. Uno de los defectos de esta ley es haber dejado sin efecto algunas de las pocas cosas buenas que había introducido en nuestra legislación la Ley núm. 26772, que fue la que inicialmente reguló esta materia. La Ley No. 27270 se limita a definir a la discriminación y a señalar que quienes incurran en tales prácticas serán sancionados por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y por el Ministerio de Educación, según corresponda, con una multa no mayor de tres unidades impositivas tributarias o el cierre temporal del establecimiento por no más de un año, sin perjuicio de la indemnización a que hubiere lugar en favor de la persona afectada.⁹

⁹ La indemnización, sin embargo, está supeditada a que el trabajador pueda probar los daños sufridos: “...resulta necesario precisar que el derecho de un trabajador discriminado a percibir una indemnización a causa del daño ocasionado se encuentra necesariamente supeditado a la comprobación objetiva de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil y su

La Ley núm. 27270 define a la discriminación como la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato en los requerimientos de personal, en los requisitos para acceder a centros de educación, formación técnica y profesional, que impliquen un trato diferenciado basado en motivos de raza, sexo, religión, opinión, origen social, condición económica, estado civil, edad o de cualquier índole. Como en casos anteriores, destaca nuevamente la existencia de una relación de factores prohibidos de diferenciación distinta a la prevista tanto en la Constitución Política del Perú como en el Convenio núm. 111 de la OIT y la LPCL.

Al modificar íntegramente el artículo 2o. de la Ley núm. 26772, la Ley núm. 27270 dejó sin efecto aquella parte de dicho artículo en la que se señalaba que no se consideraban como actos discriminatorios aquellos que estaban previstos en la ley y aquellos provistos de una justificación objetiva y razonable. Al amparo de esta norma modificada, el artículo 3o. del Decreto Supremo núm. 002-98-TR señaló que no se consideraban prácticas discriminatorias, por estar sustentadas en una justificación objetiva y razonable, aquellas basadas en las calificaciones exigidas para el desempeño del empleo o medio de formación ofertado. De igual modo, sobre la base del modificado texto del artículo 2o. de la Ley núm. 26772, el artículo 4o. de dicho Decreto Supremo agregaba que no calificaban como justificaciones objetivas y razonables aquellas que se sustentaban en las preferencias subjetivas de los clientes, en los costos específicos derivados de la contratación o admisión de una persona o en su pertenencia a un grupo, gremio o asociación con fines lícitos. Entendemos que estas dos importantes normas reglamentarias han dejado de tener vigencia al haber sido modificado el artículo 2o. de la Ley núm. 26772; sin embargo, los conceptos y fundamentos recogidos en dichas normas mantienen plena vigencia y pueden ser igualmente invocados por empleadores y trabajadores, toda vez que son conceptos y fundamentos que no sólo son generalmente aceptados como válidos, sino que perfectamente se desprenden de lo previsto en el Convenio núm. 111 de la OIT.

Por último, no puede dejar de mencionarse que el artículo 5o. del Decreto Supremo núm. 005-2003-TR establece que no serán actos de discriminación, aquellas acciones positivas por parte de las agencias privadas de empleo diri-

reparación”. Dolorier Torres, Javier y Carpio Torres, Pedro del, “El principio de no discriminación en el acceso al empleo por razón de la edad”, *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima, núm. 87, p. 29.

gidas a promover especialmente la inserción laboral de grupos vulnerables. Pésima técnica legislativa, sin duda, la utilizada para redactar esta última norma, pues no contempla en lo absoluto los criterios generalmente aceptados en materia de acciones positivas, tales como temporalidad, proporcionalidad, no afectación indebida de las mayorías, existencia de un desbalance, etcétera.

III. ACOSO SEXUAL EN EL TRABAJO

En Perú, el acoso sexual se reguló de manera integral y orgánica por vez primera en febrero de 2003 con la publicación de la Ley núm. 27942 y el Decreto Supremo núm. 010-2003-MIMDES.

1. *Fundamento en normas constitucionales*

El acoso sexual no tiene fundamento específico en la Constitución Política del Perú. No obstante, por ser una forma de discriminación por razón de sexo, como lo admite expresamente la legislación infraconstitucional en el Perú, puede señalarse que tiene un fundamento último en el artículo 2o., inciso 2, de la Constitución Política del Perú, que prohíbe la discriminación por razón de sexo.

2. *Adopción de normas internacionales*

El único convenio internacional suscrito por el Perú que se refiere al acoso sexual es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará, aprobada mediante Resolución Legislativa núm. 25278.

Esta Convención califica expresamente al acoso sexual en el trabajo como un acto de violencia prohibido contra la mujer, estableciendo una serie de obligaciones a cargo de los Estados para impedir y erradicar esa práctica.

3. *Legislación específica en materia laboral*

A continuación figura un breve análisis de la Ley y de su Reglamento en esta materia.

A. *Definición y elementos del acoso sexual*

La Ley sólo reconoce el acoso sexual en la modalidad de chantaje. Sin duda, éste es su principal defecto.¹⁰

En efecto, según el artículo 4o. de la Ley,

...el hostigamiento sexual típico o chantaje sexual consiste en la conducta física o verbal reiterada de naturaleza sexual no deseada y/o rechazada, realizada por una o más personas que se aprovechan de una posición de autoridad o jerarquía o cualquier otra situación ventajosa, en contra de otra u otras, quienes rechazan estas conductas por considerar que afectan su dignidad así como sus derechos fundamentales.

Como puede apreciarse, la ley exige que el acoso sexual se produzca en el marco de una relación de autoridad o dependencia. La relación de autoridad ha sido definida por el artículo 1o., inciso *d*, del Reglamento como “todo vínculo existente entre dos personas a través de la cual una de ellas tiene poder de dirección sobre las actividades de la otra, o tiene una situación ventajosa frente a la otra”. La relación de dependencia no es otra cosa que un tipo de relación de autoridad.

La relación de jerarquía es “toda relación que se origina en una escala de poder legítimo o investidura jerárquica, en la que una persona tiene poder sobre otra por el grado que ocupa dentro de la escala”. Todo parece indicar que las relaciones de jerarquía sólo pueden existir como tales en el ámbito del sector público (centros educativos, centros de trabajo, policía nacional del Perú y fuerzas armadas).

Finalmente, la situación ventajosa ha sido definida por el inciso *h* del artículo 1o. del Reglamento como “aquella que se produce en una relación en la que no existe una posición de autoridad atribuida, pero sí un poder de influencia de una persona frente a la otra, aun cuando dichas personas inmersas en un acto de hostigamiento sexual sean de igual cargo, nivel o jerarquía”.

¹⁰ Existen otras personas que sostienen exactamente lo contrario, es decir, que éste es un aspecto positivo de la ley. Así, por ejemplo, Luis Llaque señala que “...si bien está aceptado en ámbitos internacionales como un tipo de acoso sexual, en nuestro país puede generar denuncias maliciosas e infundadas en la medida que un ambiente hostil es un término genérico y dependerá de la perspectiva y carácter de la denunciante”. Llaque Sánchez, Luis Iván, “La Ley contra el Acoso Sexual”, *Normas legales*, t. 321, febrero de 2003, p. 88.

La Ley, asimismo, exige la afectación de un beneficio de empleo concreto y tangible. Tanto la Ley como el Reglamento se enmarcan dentro del concepto mayoritariamente aceptado en el sentido de que el acoso sexual por chantaje o *quid pro quo* requiere para constituirse de la afectación de un beneficio de empleo concreto y tangible para el trabajador.⁹ Además exige que la víctima rechace la conducta de carácter sexual.

El Reglamento se ha cuidado de no incurrir en el mismo error que la Ley, utilizando en todo momento ambas expresiones —rechazo y no deseada— de manera alternativa. Consecuentemente, las víctimas de acoso sexual podrán intentar argumentar, a partir de las normas del Reglamento, que no es necesario el rechazo de la conducta hostilizadora, pero ciertamente tal interpretación tropezará con el texto del artículo 4o. de la Ley.¹⁰ Sin embargo, no es menos cierto que el Reglamento no contiene una disposición en la que se señale de manera clara y tajante que no es necesario que la víctima rechace la conducta de carácter sexual para que se configure el hostigamiento.

De otro lado, la Ley también exige que la conducta física o verbal sea reiterada. El Reglamento ha intentado solucionar esta dificultad en su artículo 5o., penúltimo párrafo, al señalar que “la reiterancia no será relevante para los efectos de la constitución del acto de hostigamiento sexual, sin embargo podrá ser un elemento indiciario que coadyuve a constatar su efectiva presencia”.

Similar norma se encuentra en la última parte del artículo 14 del Reglamento, referido a los criterios para evaluar la gravedad de la conducta del hostigamiento sexual. El artículo 15 del Reglamento añade que “constituye agravante la concurrencia de dos o más actos de hostigamiento sexual”.

B. Responsabilidad del empleador

La Ley establece dos tipos de responsabilidad para el empleador: la administrativa y la laboral.

⁹ Balta Varillas, José, *El acoso sexual en las relaciones laborales privadas*, Lima, Ara Editores, 2005, p. 89: “...esta afectación debe ser mínimamente relevante o significativa. Las afectaciones al empleo con escasa significación o trascendencia no llegan a ser suficientes como para configurar un acoso sexual típico”.

¹⁰ Por lo pronto, una de las pocas investigaciones que se han escrito en el Perú en relación con la Ley (Haro Carranza, Julio. “El acoso sexual en el empleo! Doctrina internacional, derecho comparado y legislación nacional”, *Revista Jurídica del Perú*, núm. 44, p. 250) señala que el rechazo es uno de los elementos constitutivos del hostigamiento sexual.

En el ámbito administrativo, tanto la Ley como el Reglamento imponen una serie de obligaciones a los empleadores. Las responsabilidades más importantes del empleador son las siguientes:

- Capacitar a los trabajadores sobre las normas y políticas contra el hostigamiento sexual en la empresa.
- Reparar los perjuicios laborales ocasionados al hostigado y adoptar las medidas necesarias para que cesen las represalias ejercidas por el hostigador.
- Informar al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo los casos de hostigamiento sexual y el resultado de las investigaciones efectuadas, para verificar el cumplimiento de la Ley. Es obligación del empleador informar al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo sobre los procedimientos instaurados por hostigamiento sexual y, de ser el caso, sobre las sanciones impuestas.
- Establecer un procedimiento preventivo interno que permita al trabajador interponer una queja en caso de que sea víctima de hostigamiento sexual, el cual deberá cumplir con las características señaladas en el Reglamento. El procedimiento deberá ser puesto en conocimiento de todos los trabajadores.
- Colocar en lugares visibles del centro de trabajo información sobre el procedimiento para denunciar y sancionar el hostigamiento sexual.

En el ámbito laboral, el artículo 8o. de la Ley señala que

...si el hostigador es el empleador, personal de dirección, personal de confianza, titular, asociado, director o accionista, el hostigado puede optar entre accionar el cese de la hostilidad o el pago de la indemnización, dando por terminado el contrato de trabajo, conforme al artículo 35 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo núm. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo núm. 003-97-TR.

Se entiende que terminado el procedimiento interno —que sustituye a la comunicación al empleador por cese de hostilidad— el trabajador puede accionar judicialmente para el cese de la hostilidad. Ésta es la primera alternativa de la que dispone. La segunda alternativa es accionar judicialmente contra su empleador, dando por terminado el contrato de trabajo y solicitando el pago de una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido en ca-

so de despido arbitrario. En estos casos no es necesario seguir el procedimiento interno señalado anteriormente, pudiendo el trabajador demandar directamente al empleador.

Conviene destacar, asimismo, que existe un marco legal poco adecuado en lo que se refiere a la posibilidad de que la víctima de acoso sexual solicite una indemnización directamente al hostigador. Los artículos 12, 20, 21 y 22 de la Ley establecen de manera explícita el derecho de la víctima de hostigamiento sexual a demandar del hostigador una indemnización en la vía civil cuando el hostigamiento ha tenido lugar en el régimen laboral público, en los centros educativos, en las instituciones policiales y militares y en las relaciones de sujeción no reguladas por el derecho laboral, respectivamente. No existe una norma similar respecto del régimen laboral privado.

Y no sólo no existe esa norma, sino que el texto del artículo 22 de la Ley permitiría sostener que tal posibilidad está prohibida, toda vez que dicha disposición señala que “si el acto de hostigamiento sexual se presenta en una relación no regulada por el derecho laboral, la víctima tendrá derecho al pago de una indemnización por el daño sufrido, la cual se tramita en la vía civil en proceso sumarísimo”. Una interpretación a contrario lleva a la conclusión de que en las relaciones reguladas por el derecho laboral, la víctima no tendrá derecho a solicitar al hostigador el pago de una indemnización.

C. Sanciones en materia penal

El acoso sexual no está tipificado como delito. Sin embargo, existe por lo menos un proyecto de ley que pretende tipificar el acoso sexual.

En efecto, se trata del proyecto de ley núm. 9791, presentado el 23 de febrero de 2004 por la congresista Mercedes Cabanillas, mediante el que se pretende reprimir con una pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres al que dirija contra otra persona conductas de naturaleza o connotación sexual no deseadas o rechazadas, a través de actos físicos, verbales o escritos, acercamientos corporales, tocamientos, roces, gestos obscenos que resulten insoportables u ofensivos para la víctima, así como requerimientos o proposiciones sexuales y otras conductas similares.

El proyecto precisa que la pena será no menor de tres ni mayor de seis años en tres casos: *a)* si el autor aprovecha su autoridad, jerarquía o cualquier otra situación ventajosa o de dependencia con la víctima; *b)* si hay el concurso de dos o más personas, y *c)* si la víctima es mayor de 14 años y menor de 18 años de edad.

IV. MATERNIDAD EN LA LEGISLACIÓN LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL

La legislación peruana contiene diversas normas que regulan los derechos de la madre trabajadora antes, durante y después del parto. A su vez, estas normas se refieren tanto a los derechos de la madre trabajadora frente al empleador como frente al Seguro Social de Salud (ESSALUD).

1. *Fundamento constitucional*

El primer párrafo del artículo 23 de la Constitución Política del Perú señala que “el trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan”.

2. *Adopción de normas internacionales*

En el Perú son exigibles diversos tratados y convenios internacionales que, de una u otra manera, protegen a la mujer y a la madre, al margen de si tienen vínculo laboral.

Dentro de estos documentos, sin duda conviene destacar el Convenio núm. 156 de la OIT, adoptado por la Conferencia General del Trabajo el 3 de junio de 1981 y aprobado por el Perú a través de la Ley 24508 del 28 de mayo de 1986.

Como se señala en su parte considerativa, el Convenio núm. 156 se adopta partiendo de la premisa de que “...el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, no hace referencia expresa a las distinciones fundadas en las responsabilidades familiares...”. A partir de ello, se concluye que “...son necesarias normas complementarias a este respecto”.

El artículo 1o. de este Convenio señala que el mismo se aplica a los trabajadores con responsabilidades familiares, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella. Los trabajadores con responsabilidades familiares cubren dos categorías distintas: aquellos que tengan hijos a su cargo y aquellos con responsabilidades respecto de otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten su cuidado o sostén.

A los efectos de crear una igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, el Convenio obliga a los países miembros a incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales.

Con ese mismo objetivo, los países miembros deben adoptar todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para *a)* permitir a los trabajadores con responsabilidades familiares el derecho a elegir libremente su empleo, y *b)* tener en cuenta sus necesidades en lo que concierne a las condiciones de empleo y a la seguridad social.

De la misma manera, se obliga a los países miembros a tomar todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para que los trabajadores con responsabilidades familiares puedan integrarse y permanecer en la fuerza de trabajo, así como reintegrarse a ella tras una ausencia debida a dichas responsabilidades.

Con gran precisión y énfasis, el artículo 80. del Convenio señala que las responsabilidades familiares no deben constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo.

3. Legislación específica en materia laboral

A continuación presentamos un breve análisis de las normas legales en esta materia.

A. Duración de permisos antes y después del parto

La Ley núm. 26644 señala que es derecho de la trabajadora gestante gozar de 45 días de descanso prenatal y 45 días de descanso posnatal.

El goce del descanso prenatal puede ser diferido total o parcialmente, y acumulado con el posnatal, a decisión de la trabajadora gestante. Esta decisión debe ser comunicada al empleador con una antelación no menor de dos meses a la fecha probable del parto. La Ley exige que esta comunicación se encuentre acompañada de un informe médico que certifique que la postergación del descanso prenatal no afectaría en modo alguno a la trabajadora gestante ni al concebido.

La postergación del descanso prenatal no autoriza a la trabajadora gestante a variar o abstenerse del cumplimiento de sus labores habituales, salvo que medie acuerdo al respecto con el empleador.

En los casos en que se produzca adelanto del alumbramiento respecto de la fecha probable del parto, fijada para establecer el inicio del descanso prenatal, los días de adelanto se acumularán al descanso posnatal. Si el alumbramiento se produjera después de la fecha probable del parto, los días de retraso serán considerados como descanso médico por incapacidad temporal para el trabajo y pagados como tales.

La trabajadora gestante tiene derecho a que el periodo de descanso vacacional por récord ya cumplido, y aún pendiente de goce, se inicie a partir del día siguiente de vencido el descanso posnatal. La voluntad de la trabajadora en este sentido se deberá comunicar al empleador con una anticipación no menor de quince días calendario al inicio del goce del descanso vacacional.

B. Prestaciones económicas y en especie con motivo del embarazo

Los derechos de la madre trabajadora son de dos tipos. De un lado, tiene derecho a una licencia sin goce de haberes por un plazo de 90 días, según se ha señalado anteriormente. Mientras dure esta licencia, la madre trabajadora tiene derecho a percibir un subsidio por maternidad por el plazo de 90 días. El costo de este subsidio es asumido por el Seguro Social de Salud (ESSA-LUD). Los 90 días se pueden distribuir en los periodos inmediatamente anteriores o posteriores al parto, conforme lo elija la madre, a condición de que durante esos periodos no realice trabajo remunerado.

Tratándose de una licencia de origen legal, la trabajadora tiene el derecho de retornar a su puesto de trabajo cuando aquélla termine, debiendo reiniciar su vínculo laboral en los mismos términos y condiciones que estaban vigentes al momento de iniciarse la licencia.

De otro lado, la madre trabajadora tiene derecho a un permiso por lactancia materna. La Ley núm. 27240, modificada por la Ley núm. 27591, señala que al término del periodo posnatal, la madre trabajadora tiene derecho a una hora diaria de permiso por lactancia materna hasta que su hijo tenga un año de edad. Este permiso puede ser fraccionado en dos tiempos iguales y será otorgado dentro de su jornada laboral. Este derecho no puede ser compensado ni sustituido por ningún otro beneficio, aunque sí se admite que la madre y su empleador establezcan de común acuerdo el horario en que se ejercerá el derecho.

Esta hora dedicada a la lactancia se considerará como efectivamente laborada para todo efecto legal, incluyéndose el goce de la remuneración correspondiente. Así lo establece la Ley núm. 27403.

C. Prestaciones con motivo de adopción y aumento de prestaciones por parto múltiple

Tratándose de adopciones, la Ley núm. 27409 señala que el trabajador peticionario de adopción tiene derecho a una licencia con goce de haber de 30 días naturales, siempre que el niño a ser adoptado no tenga más de 12 años de edad. El trabajador deberá comunicar a su empleador, en un plazo no menor de 15 días a la entrega física del niño, de la voluntad de gozar de la licencia correspondiente. Si los trabajadores peticionarios de adopción fueran cónyuges, la licencia será tomada por la mujer.

En lo que atañe a los casos de parto múltiple, la Ley núm. 27606 señala que el descanso posnatal se extenderá por 30 días naturales adicionales.

En consonancia con ello, la Ley núm. 28239 precisa que el subsidio por maternidad se extenderá igualmente por 30 días adicionales en los casos de nacimiento múltiple. Esta misma Ley agrega que en caso de parto múltiple, se reconocerá un subsidio adicional por cada hijo.

Finalmente, la Ley núm. 28731 extiende el permiso por lactancia materna a dos horas diarias en caso de parto múltiple.

D. Servicio de guardería o estancia infantil

En la actualidad no existe esta obligación. Hasta hace algunos años, el artículo 20 de la Ley núm. 2851 establecía que en todo lugar de trabajo en el que laboraran mujeres mayores de 18 años por cuenta ajena se debería disponer de una sala especialmente acondicionada para recibir y atender en las horas de trabajo a los hijos de las trabajadoras durante su primer año de edad. Esta obligación regía sólo para los establecimientos que tuvieran más de 25 empleadas u obreras mayores de 18 años de edad, de acuerdo con lo que señalaba el artículo 26 del Decreto Supremo del 25 de junio de 1921.

Por otro lado, en el Perú no existen licencias parentales.

E. Protección de la mujer gestante que realiza labores que pongan en peligro su salud y/o el desarrollo normal del embrión

La Ley núm. 28048 establece un conjunto de medidas destinadas a otorgar una protección en favor de la mujer gestante que realiza labores que ponen

en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto. Señala, además, que en los centros de trabajo las mujeres gestantes solicitarán al empleador no realizar labores que pongan en peligro su salud y/o el desarrollo normal de embrión y el feto durante el periodo de gestación.

Se consideran situaciones susceptibles de poner en riesgo la salud de la mujer gestante y/o el desarrollo normal del embrión y el feto:

a) Riesgos generados por las condiciones de trabajo durante el periodo de gestación:

- La exposición de la mujer gestante a agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales, procedimientos o condiciones de trabajo peligrosos, debido al lugar donde desarrolla las labores propias de su puesto de trabajo.
- La manipulación de sustancias peligrosas, necesarias para la realización de las labores propias de su puesto de trabajo.

b) Riesgos adicionales derivados de cambios fisiológicos en la mujer gestante:

- El deterioro preexistente en la salud de la mujer que, unido al estado de gestación, le impide desarrollar labores propias de su puesto de trabajo, sin constituir incapacidad temporal para el trabajo.
- El deterioro del estado de salud o condición física generado por el embarazo, que impide a la mujer gestante desarrollar labores propias de su puesto de trabajo, sin constituir incapacidad temporal para el trabajo.

El empleador debe asignar a la mujer gestante a labores que no pongan en riesgo la salud y/o desarrollo normal del embrión y el feto durante el periodo de gestación, sin afectar sus derechos laborales.

La Ley señala, asimismo, que como parte de sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, el empleador deberá:

- Evaluar los riesgos por exposición a agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales, procedimientos o condiciones de trabajo que, por el puesto de trabajo o por las labores que se realizan, puedan afectar la salud de la mujer gestante y/o el desarrollo normal del embrión y el feto, de manera cierta o potencial. Dicha evaluación debe

contemplar la naturaleza, grado y duración de la exposición; los valores límite permitidos de exposición, y los posibles efectos en la salud de las trabajadoras expuestas a riesgos particulares.

- Poner en conocimiento del personal el resultado de la evaluación de riesgos que pueden afectar la salud de la mujer gestante y/o el desarrollo normal del embrión y el feto.
- Repetir la evaluación cada vez que se produzca un cambio en las condiciones de trabajo que pueda implicar una exposición de los trabajadores.

En caso de que el empleador no cumpla con asignar a la mujer gestante labores que no pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto, la trabajadora podrá interrumpir su actividad laboral, sin perjuicio de cumplir con sus demás obligaciones laborales, siempre que razonablemente considere que existe un peligro inminente que ponga en riesgo su salud o seguridad, sin sufrir perjuicio alguno en sus derechos laborales.

A estos efectos, la trabajadora comunicará a su empleador que no realizará las labores que le ocasionan un riesgo en su salud y/o en el desarrollo normal del embrión y el feto hasta que se le asignen labores que no perjudiquen su estado.

Una vez que el empleador asigne y comunique a la trabajadora las nuevas labores que no supongan un riesgo en su salud y/o en el desarrollo normal del embrión y el feto, la trabajadora deberá cumplir con las nuevas labores encomendadas de manera inmediata.

V. POLÍTICAS PÚBLICAS RELEVANTES EN MATERIA DE GÉNERO O ACCIONES POSITIVAS PARA REFORZAR LA IGUALDAD LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL

En el Perú se ha creado el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, encargado de formular, aprobar, ejecutar y supervisar las políticas de mujer y desarrollo social, promoviendo la equidad de género, es decir, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

Mediante Decreto Supremo núm. 009-2005-MIMDES, dicho Ministerio aprobó a finales de 2005 el Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Varones 2006-2010. El Plan se desarrolla sobre la base de cinco lineamientos de política tendentes a garantizar los derechos de las mujeres e

institucionalizar la equidad de género en las políticas, programas y proyectos del Estado. Estos cinco lineamientos son los siguientes:

- a) Institucionalizar y transversalizar la equidad de género, es decir, igualdad de oportunidades entre mujeres y varones en las políticas públicas, planes nacionales y prácticas del Estado.
- b) Promover en la sociedad, valores, prácticas, actitudes y comportamientos equitativos entre mujeres y varones para garantizar la no discriminación hacia las mujeres.
- c) Garantizar el ejercicio pleno de los derechos sociales y culturales para las mujeres.
- d) Garantizar el ejercicio pleno de los derechos económicos de las mujeres.
- e) Garantizar el ejercicio pleno de los derechos civiles y políticos de las mujeres y el acceso equitativo a instancias de poder y toma de decisiones.

VI. FUENTES

- BALTA VARILLAS, José, *El acoso sexual en las relaciones laborales privadas*, Lima, Ara Editores, 2005.
- DOLORIER TORRES, Javier y CARPIO TORRES, Pedro del, “El principio de no discriminación en el acceso al empleo por razón de la edad”, *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima, núm. 87.
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco, *Estudios constitucionales*, Lima, Ara Editores, 2002.
- HARO CARRANZA, Julio, “¡El acoso sexual en el empleo! Doctrina internacional, derecho comparado y legislación nacional”, *Revista Jurídica del Perú*, núm. 44.
- “Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)”, *Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 100) y a la Recomendación (núm. 90) sobre Igualdad de Remuneración, 1951*, OIT, 1986.
- LLAQUE SÁNCHEZ, Luis Iván, “La Ley contra el Acoso Sexual”, *Normas Legales*, t. 321, febrero de 2003.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Mecanismos legales de lucha contra la discriminación de la mujer en el trabajo. Una revisión crítica”, *Revista Derecho y Sociedad*, año XVI, núm. 24, 2005.

Leyes y tratados internacionales

Código Civil.

Código Penal.

Constitución Política del Perú.

Convención Americana de Derechos Humanos (aprobada en Perú con la Ley 22231).

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (aprobada con la Ley 23432).

Convención Interamericana sobre Concesión de Derechos Políticos a la Mujer (aprobada con la Ley 12409).

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará” (aprobada con la Ley 25278).

Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (aprobada con la Ley 21177).

Convenio núm. 100 y Recomendación sobre Igualdad de Remuneración de la Organización Internacional del Trabajo (aprobado con la Ley 13284).

Convenio núm. 111 sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de la Organización Internacional del Trabajo (aprobado con la Ley 17687).

Convenio núm. 156 sobre los Trabajadores con Responsabilidades Familiares de la Organización Internacional del Trabajo (aprobado con la Ley 24508).

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Ley de Productividad y Competitividad Laboral y su Reglamento.

Ley contra Actos de Discriminación (Ley 27270).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado con la Ley 22128).

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (aprobado con la Ley 22129).

Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

