



SOLUCIONES LABORALES PARA EL SECTOR PRIVADO

LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES CON EQUIDAD

Luz PACHECO ZERGA^(*)

RESUMEN EJECUTIVO

La autora del presente informe desarrolla significativas consideraciones sobre la política del Estado referidas a la igualdad de género y no discriminación, acudiendo en determinados acápites a citas del Tribunal Constitucional para apoyar su postura. Asimismo, realiza un magnífico estudio histórico del movimiento feminista que ha contribuido a reconocer el valioso papel de la mujer en la vida social y, especialmente, en la actividad laboral.

Introducción

Han pasado más de cinco años desde que el Gobierno del Perú asumiera un compromiso más decidido para lograr la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en nuestro país. Con fecha 12 de marzo de 2007 fue promulgada la Ley N° 28983 que estableció el marco normativo, institucional y de políticas públicas para el ámbito nacional, regional y local, con el objeto de garantizar a mujeres y hombres “el ejercicio de sus derechos a la igualdad, dignidad, libre desarrollo, bienestar y autonomía, impidiendo la discriminación en todas las esferas de su vida, pública y privada, propendiendo la plena igualdad” (art. 2). Unos meses después esta norma fue reglamentada por el D.S. N° 027-PCM-2007, que obliga el cumplimiento de las políticas de igualdad de oportunidades.

El año pasado el Consejo de Ministros aprobó el Plan Nacional de Igualdad de Género 2012-2017, la ministra de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (Mimp), Ana Jara Velásquez resaltó que se ha sustituido la palabra “oportunidades” por la de “género” con el fin de poner de manifiesto el compromiso del Gobierno en la lucha por acortar la brecha de desigualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

El V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, organizado por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, tuvo como objetivo analizar las tendencias y las perspectivas laborales no solo desde el interior de la disciplina sino con un marco interdisciplinario. La importancia que tiene el acceso de la mujer a los estudios superiores y al trabajo fuera del hogar es, en palabras de uno de los más connotados maestros laboristas, “el fenómeno social más significativo del mundo del trabajo actual”⁽¹⁾, que

(*) Abogada por la PUCP. Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesora Ordinaria Principal de Derecho del Trabajo de la Universidad de Piura. Coordinadora del Programa de Formación Docente de la Universidad de Lima y Directora de Estudios de la Facultad de Derecho (campus Lima). Este artículo tuvo su origen en la ponencia presentada en el V Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la ciudad del Cuzco.

(1) ALONSO OLEA, Manuel. “El trabajo de la mujer en el Derecho Español”. En: *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, N° 72, 1995.

ha transformado las estructuras sociales, de trabajo y jurídicas a nivel mundial⁽²⁾. De allí que pareciera necesario realizar un breve análisis de los alcances que tiene la ideología del género y las actuales políticas gubernamentales para lograr una efectiva promoción del empleo femenino, respetuosa de las potencialidades de la mujer, del derecho-deber de trabajar y de la corresponsabilidad que comparte con el varón en la vida familiar.

Con este fin hemos dividido el presente estudio en cinco apartados: el primero analizará la diversidad sexual y la corresponsabilidad familiar; el segundo, estará referido al trabajo como elemento clave del desarrollo humano; el tercero, al movimiento feminista y a la ideología de género; el cuarto, al impacto de la ideología de género en el concepto de familia; para finalmente referirnos al esfuerzo internacional de lograr la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, para culminar con algunas conclusiones.

I. Diversidad sexual y corresponsabilidad familiar

La tradición judeo-cristiana, que caracteriza los Ordenamientos occidentales, ha considerado desde antiguo a la mujer como pieza fundamental, insustituible para la vida familiar, con un rol protagónico en la educación de los hijos y en la atención del hogar. Sin embargo, es también innegable que el relato de la creación del hombre y de la mujer basado en el simbolismo de la costilla de Adán fue interpretado por muchos como si la mujer fuera inferior o sierva del hombre⁽³⁾. Esta mentalidad degeneró en una actitud machista⁽⁴⁾, que relegó a las mujeres las tareas más duras del hogar, dejándoles la responsabilidad de la educación y atención de los hijos, casi en exclusiva, no considerándolas aptas para intervenir activamente en la vida pública.

Al varón, por el contrario, se le asignó la responsabilidad de la marcha económica del hogar y, consecuentemente, el trabajar en actividades extradomésticas que fueran, además, lucrativas a fin de sostener a la familia⁽⁵⁾. Esta disparidad cristalizó, en algunos Ordenamientos, en exigir a la mujer contar con el consentimiento expreso del marido para trabajar fuera del hogar o con autorización judicial en caso de que aquel se negare injustificadamente⁽⁶⁾. Al marido correspondía, en cambio, la representación del hogar y la administración del patrimonio familiar por considerarse el representante del hogar conyugal⁽⁷⁾.

La diferencia sexual es una diferencia cromosómica, es decir, de tipo genético. La especie humana se caracteriza por tener 23 pares de cromosomas, la mitad de los cuales proceden del padre y la otra mitad de la madre. Por tanto, solo caben dos sexos: el masculino, formado por

cromosomas sexuales XY y el femenino, por los XX. En consecuencia, ser varón o ser mujer no es cuestión de opción social sino de determinación genética. Los estudios biológicos enseñan que sexuadas son las células, los sentimientos y los pensamientos⁽⁸⁾. En consecuencia, la calificación de varón y mujer responde a una carga genética determinada, que condiciona los respectivos modos de ser y obrar y no una simple orientación cultural. No requiere tampoco prueba demostrativa el hecho de que el varón y la mujer se encuentren naturalmente atraídos entre sí y que sean capaces de una unión física ordenada naturalmente a la reproducción de la especie, en la que cada uno de los sexos tiene una función propia, que se proyecta luego en la atención y educación de los hijos⁽⁹⁾.

En consecuencia, para lograr la igualdad de oportunidades se debe partir de la realidad de las diferencias sustanciales entre mujeres y hombres

- (2) Otro fenómeno emparentado con este es la profunda modificación del sistema de servicio doméstico, que puso de manifiesto uno de los más distinguidos filósofos del siglo pasado: "Es evidente que la estructura de la familia, su tamaño, los aspectos profesionales, las relaciones de los padres con los hijos y del matrimonio entre sí, el número de los hijos, la permanencia en la casa de los abuelos, el empleo del tiempo, la administración del ocio, todo esto está condicionado en inmensa proporción por la desaparición del servicio doméstico. Y entiendo por servicio doméstico, el tradicional, con la criada interna, que vivía en casa, que amanecía y anochece en casa; que tenía una jornada ilimitada aunque no fuese demasiado larga, aunque tuviese largos periodos de descanso; que tenía otra de adopción familiar, de participación en la vida de la familia, de ascenso social, de educación: una larga serie de cosas buenas y malas. (...) Y la crisis del servicio doméstico –no lo olvidemos– ha destruido formas y posibilidades de compañía, ha introducido en las sociedades actuales uno de sus factores más graves y de más hondas consecuencias: la soledad". MARÍAS, Julián. *La mujer en el siglo XX*. 4a ed., Alianza Editorial, Madrid, 1980, pp. 43-44.
- (3) Cfr. JUAN PABLO II. *Compromiso por la promoción de la mujer* (vatican.va, 15.IX.12.1999 [30.I.2012]). Disponible en: <http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/audiences/1999/documents/hf_jp-ii_aud_24111999_sp.html>.
- (4) El diccionario de la Real Academia de la Lengua define al machista como al partidario del machismo que, a su vez, se tipifica como una "actitud de prepotencia de los varones respecto a las mujeres".
- (5) Esta mentalidad quedó plasmada en el caso del Perú, en el artículo 161 del Código Civil de 1936 donde se establece que: "La mujer debe al marido ayuda y consejo para la prosperidad común y tiene el derecho y el deber de atender personalmente el hogar".
- (6) Cfr., por todos, Código Civil del Perú 1936, artículo 173.
- (7) Cfr. *Ibid.*, arts. A61 y ss.
- (8) Para quien desee profundizar en estas cuestiones remito a la obra de CASTILLA Y CORTÁZAR, Blanca. *Persona y género. Ser varón y ser mujer*. Ediciones Internacionales Universitarias, Barcelona, 1997.
- (9) Paternidad y maternidad potenciales son dimensiones naturales de la virilidad y de la femineidad. Varón dice relación a ser padre y mujer dice relación a ser madre. El acto conyugal es el acto natural de fecundación. El matrimonio está naturalmente ordenado a la reproducción pero no se agota en este pues se trata de personas: además los padres deben recibir a esos hijos en el seno de la comunidad conyugal y cuidarlos y educarlos para actuar conforme lo exige la dignidad humana. Cfr., por todos, HERVADA, Javier. *Cuatro lecciones de Derecho Natural. Parte especial*, 4ª ed., Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1998.

“por razón del sexo. Se trata de eliminar las diferencias o los roles asignados por una tradición discriminatoria, pero no de convertir una sociedad sexuada en asexuada”⁽¹⁰⁾. De allí que sea necesario una ponderación equilibrada para poder trazar una ruta equitativa en este campo. Algunas ONG han manifestado su “preocupación” porque el Gobierno peruano en un informe del año 2010 hizo referencia a una meta de equidad y no de igualdad, lo cual, a su juicio es una aspiración social, pero no una reivindicación jurídica, que erradique la discriminación en perjuicio de la mujer⁽¹¹⁾. Sin embargo, es oportuno recordar que para determinar si se ha observado o no el mandato de no discriminación es necesario realizar un juicio complejo, que va más allá de la simple igualdad⁽¹²⁾. Este es un derecho fundamental reconocido en la Constitución, artículo 2.2⁽¹³⁾ que, contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, no faculta a las personas a exigir un trato igual a los demás, “sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación”. La igualdad, sigue explicando el Alto Tribunal, “además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado social y democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato. La igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables”. Estas precisiones exigen comprender adecuadamente dos “categorías jurídico-constitucionales: diferenciación y discriminación. En principio, debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida,

atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable”⁽¹⁴⁾.

Por tanto, el Estado debe velar por la protección jurídica del derecho de la mujer a ausentarse del trabajo, sin pérdida de la remuneración, no solo por motivo del parto o la lactancia, sino también para atender deberes familiares prioritarios. De modo similar, también el varón tiene el derecho y el deber de ausentarse del trabajo por nacimiento de sus hijos o por enfermedades u otros deberes propios del cuidado y la solidaridad que exigen los vínculos familiares. La protección jurídica no puede ser igualitaria sino complementaria, a fin de que la igualdad de oportunidades equilibre las responsabilidades exigidas por el cumplimiento de los deberes familiares, según las competencias de cada sexo.

Al ser evidente que la mujer tiene encomendada de manera particular el don de la vida y su guarda, los Ordenamientos jurídicos han optado por preservar la salud física y mental de la mujer embarazada, facilitándole el necesario descanso mediante los

descansos pre y posnatal, así como por otros institutos como la excedencia o el derecho de gozar de las vacaciones inmediatamente después del descanso posnatal. Esta protección se extiende, en todas las naciones europeas, y en algunas americanas, a solicitar el cambio de ocupación si las labores que tiene asignadas una mujer embarazada ponen en peligro su vida o la salud del hijo por nacer⁽¹⁵⁾. Se debe destacar también que las legislaciones laborales tienden a homologar, sin violentar las exigencias naturales del embarazo, parto y lactancia, los derechos de ambos padres en el cuidado del hijo recién nacido, para lograr la corresponsabilidad en los deberes familiares. Y, por último, el Derecho Laboral se ordena a proteger el derecho de la madre trabajadora a conservar el empleo con independencia de su estado de gravidez, al punto de establecer el denominado “fuero maternal” en países como Chile, Panamá y Venezuela⁽¹⁶⁾ para prevenir la discriminación por razón de sexo o el acoso moral. Pretender en estos casos un igualitarismo con el hombre, a todas luces, equivaldría a violentar la naturaleza y discriminar injustamente a la mujer.

II. El trabajo: elemento clave del desarrollo humano

La conciencia de la necesidad del trabajo para la vida personal y social

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

(11) MANUELA RAMOS. *Ley de igualdad de oportunidades de mujeres y hombres* (Movimiento Manuela Ramos, 2008 (14. IX 2012); disponible en: <<http://www.manuela.org.pe/wp-content/uploads/2007/06/57214506-Ley-de-Igualdad-de-Oportunidades-entre-mujeres-y-hombres.pdf>>.

(12) Cfr. STC N° 0976-2001-AA/TC, f. j. 3.

(13) “(...) toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

(14) Así se pronunció en el Exp. N° 0048-2004-PI/TC, f. j. 62 y lo ha reafirmado, entre muchos otros, en el Exp. N° 03461-2010-AA, ff. jj. 3 a 5.

(15) En Europa la Directiva N° 92/85/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia ha logrado una amplia protección en los países de la Unión. En el Perú, la Ley N° 28048 y su Reglamento, el D.S. N° 009-2004-TR establecen prescripciones para preservar la salud de la trabajadora, que sea madre gestante, y el desarrollo normal del embrión y el feto.

(16) El Código de Trabajo de Chile establece en su artículo 194 lo siguiente: “Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez”.

ha llevado a que se reconozca como un derecho fundamental en diversas Constituciones occidentales⁽¹⁷⁾. Su importancia para la vida humana es objeto de estudio no solo para los economistas y laboristas sino –inclusive– para los teólogos y sociólogos, entre otros⁽¹⁸⁾. Existe una conciencia social, cada vez más diáfana, de que la persona al trabajar pone en juego sus capacidades físicas, intelectuales, volitivas y afectivas, porque el trabajo, no solo no es una mercancía⁽¹⁹⁾, sino que es el medio natural de realización de la persona⁽²⁰⁾. Si bien es cierto, que uno de los elementos que tipifican la relación laboral es la existencia de un salario o remuneración⁽²¹⁾, la persona no trabaja solo por dinero y, más aún, es capaz de prescindir de un trabajo bien remunerado si no satisface otras aspiraciones humanas básicas.

Además, el trabajo contribuye al desarrollo de las ciencias y de la técnica, es decir, a la elevación cultural, científica y moral de la sociedad, lo que es más importante, *por el trabajo la persona se construye a sí misma*. El ser humano cuando trabaja, no solo transforma la naturaleza sino que le da un sentido y utilidad nuevos⁽²²⁾. El trabajo permite adaptar el universo a las propias necesidades, pero no constituye el sentido del mundo, del mismo modo que no lo constituye en el ser. También permite desvelar y reconocer la finalidad de las realidades naturales, prevista por quien las constituyó en el ser. El análisis científico riguroso lleva a reconocer la teleología de la naturaleza, es decir, que está ordenada a unos fines propios y, consecuentemente, queda en evidencia su carácter normativo para el ser y el obrar humanos⁽²³⁾. Esta es una de las funciones más nobles del trabajo: permitir comprender el sentido del mundo y, con él, la razón de ser de la propia existencia y la de los demás. Si bien es cierto que la persona transforma el mundo impulsada por su instinto de conservación, a la vez, lo trasciende al experimentar –en el desarrollo de

esa actividad– su propia dignidad⁽²⁴⁾. De allí la importancia de la adecuada regulación jurídica no solo del derecho al trabajo en sí mismo, sino de los tiempos de labor y descanso.

Por lo demás, todo trabajo lleva implícito un proyecto personal que la madurez abre a la solidaridad, a diferencia del animal, que actúa en función de sus necesidades. De hecho, “ninguna abeja trabaja formalmente para las demás, sino que va a lo suyo; ahí está el ardid de la naturaleza, en que, trabajando cada uno para lo suyo, resulta que trabaja para los demás. Cosa que no acontece, o por lo menos uno aspira que no acontezca en toda forma de colaboración humana, en que uno no trabaja solo por lo que le sale de dentro, sino que trabaja precisamente para los demás, proponiéndose a los demás en tanto que otros”⁽²⁵⁾. Más aún, el desarrollo auténtico de la personalidad se fragua en el servicio real a las personas individuales: solo así se consigue un desarrollo social sostenible a largo plazo. El deber de servicio, también incumbe a las personas

discapacitadas, aunque evidentemente, para ellas sea diferente el modo de cumplir con esta obligación, que no corresponde explicar en esta investigación. Se debe reconocer que el deber de servir es de orden moral, que es exigible jurídicamente en determinados casos, aunque negarse a servir para nada y a nadie es contrario a la dignidad humana. Por eso puede decirse que: “[e]l hombre es libre, pero es servidor de los demás”⁽²⁶⁾.

III. El movimiento feminista y la ideología de género

La sociedad le debe al movimiento feminista el haber contribuido poderosamente a mejorar las condiciones de vida de la mujer en la vida social. Si bien existieron inquietudes feministas en todos los siglos, es hacia finales del siglo XVIII, en tiempos de la Revolución Francesa, que este movimiento toma especial fuerza. En ese entonces, las mujeres reclamaron sus derechos a estudiar, a votar y a participar en la vida pública. Sus luchas tuvieron victorias

(17) Por todas, citamos la Constitución española, artículo 35.1: “1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”. Y la chilena, artículo 16.- La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

(18) El valor sobrenatural del trabajo tiene relación directa con la encarnación del Hijo de Dios, pero recién ha sido puesto de manifiesto, en toda su riqueza, en el siglo XX. Tanto la teología como la ascética del trabajo se desarrollan en los últimos decenios. Cfr. por todos JUAN PABLO II, *Laborem exercens* (Castelgandolfo: vatican.va, 1981). ESCRIVÁ DE BALAGUER, Josemaría, *Camino* (1a. (1939)) (Rialp, 26.I 2011); ubicable en: <http://www.escrivabros.org/book/camino-indice_materias-225.htm>.

(19) Cfr. Constitución OIT, 1919, artículo I.

(20) Cfr. Constitución del Perú, artículo 22: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”.

(21) Cfr. por todos ALONSO OLEA, Manuel. “Derecho del honor y despido”. En: *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Civitas 2001, p. 41.

(22) El simple hecho de entregar una rosa a otra persona en señal de afecto o admiración, ha modificado la función natural de esa flor, enriqueciendo así al mundo y a las personas y dando origen a la cultura. Cfr. RODRÍGUEZ, Pedro. “La responsabilidad de los cristianos en la vida universitaria. Consideraciones acerca de la relación entre naturaleza y cultura”. En: *Scripta Theologica* XXXIII, N° 1, 2001, pp. 161-182.

(23) Sobre esta rica y amplia cuestión remito a las reflexiones de GONZÁLEZ, Ana Marta. *Naturaleza y dignidad*. EUNSA, Pamplona, 1996.

(24) Esa dignidad es precisamente la capacidad de trascender lo individual y contingente y alcanzar por la vía del conocimiento y del amor, lo universal y necesario. En definitiva remontarse por encima del utilitarismo individualista y egocéntrico, a la amistad y a la solidaridad social.

(25) ZUBIRI, Xavier. *Sobre el hombre*. Alianza editorial, Madrid, 1986, pp. 251-252.

(26) Cfr. d’ORS, Álvaro. *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*, Cuadernos, Civitas, Madrid, 1995, p. 158.

y derrotas, pero a principios del siglo XX consiguieron que las mujeres fueran admitidas, de modo oficial, en la enseñanza superior y en las universidades. También lograron alcanzar la igualdad política, al menos según la ley, en todos los países del continente europeo y en la mayoría de los americanos⁽²⁷⁾.

Una vez lograda esta meta, a partir de la mitad del siglo XX, una parte de las feministas ya no aspiraron simplemente a una equiparación de los derechos jurídicos y sociales de varón y la mujer, sino a la igualdad funcional de los sexos. Exigieron la eliminación del tradicional reparto de responsabilidades o roles de los sexos y rechazaron la maternidad, el matrimonio y la familia como instituto natural. Simone de Beauvoir (1908-1986) fue una filósofa existencialista, compañera de Jean Paul Sartre, cuya obra “*Le Deuxième Sexe*” (*El otro sexo*, 1949) fue un éxito mundial. Ella previno contra lo que llamó la *trampa de la maternidad*, que era utilizada en forma egoísta por los hombres para privar a sus esposas de independencia. Esta corriente feminista exige a la mujer liberarse de las ataduras de su naturaleza y de las funciones maternas. Para lograrlo recomienda –desde hace más de sesenta años– las relaciones homosexuales, la práctica del aborto y el traspaso de la educación de los hijos a la sociedad⁽²⁸⁾.

En las décadas siguientes, otras feministas llegaron a la conclusión que el deseo de ser como el varón evidencia un cierto complejo de inferioridad y lleva, además, a tensiones y frustraciones. Concluyeron que, la mujer para llegar a su plena realización, no tiene que comportarse como el hombre, sino ser auténticamente femenina, lo cual equipararon con la belleza física, la emoción y la sensualidad. Se celebró entonces una *nueva feminidad* que al exaltar sus valores físicos y su capacidad emocional, menospreció su capacidad intelectual, con el consiguiente

empobrecimiento de su valía y de las relaciones interpersonales. Lamentablemente, muchas mujeres siguen cediendo a la manipulación de la mujer-objeto como anzuelo comercial, ya sea por frivolidad o por ambición económica.

Pero es al empezar este milenio que el movimiento feminista se reformula: su meta ya no consiste en emanciparse del predominio masculino, ni tampoco en liberarse de las concretas funciones femeninas y maternas: aspira a eliminar la misma naturaleza, a cambiar el propio cuerpo hasta convertirlo en algo modificable de acuerdo a los propios intereses y preferencias. De allí que, paradójicamente, mientras muchas mujeres desprecian el matrimonio y la maternidad, los medios de comunicación nos transmiten los sueños de hombres, que aspiran a intervenciones quirúrgicas (implantarse un útero, etc.) para experimentar el embarazo y la maternidad.

Este panorama ha exigido el desarrollo de un nuevo léxico: se busca sustituir la palabra *sexo* por la de *género* (*gender*). No se trata de un simple cambio de palabras. Detrás hay un planteamiento ideológico: considerar que la masculinidad y la feminidad se encuentran determinadas por la cultura y no por la biología. Mientras el término *sexo* hace referencia a la naturaleza e implica dos posibilidades (varón y mujer), el término *género* proviene del campo de la lingüística donde se existen tres acepciones: masculino, femenino y neutro. Si lo que se quiere es convencer que las

diferencias entre el varón y la mujer no corresponden a la naturaleza, sino que son simples construcciones culturales sobre los roles y estereotipos que las sociedades han asignado tradicionalmente a los sexos, se requiere introducir este tercer elemento.

Hay quienes plantean la existencia de cuatro, cinco o seis géneros: heterosexual masculino, heterosexual femenino, homosexual, lesbiana, bisexual e indiferenciado. De este modo, la masculinidad y la feminidad dejan de ser los prototipos del ser y del obrar humanos para convertirse en “orientaciones personales”. Según esta ideología, la heterosexualidad, lejos de ser “obligatoria, no significaría más que uno de los casos posibles de práctica sexual. Ni siquiera tendría por qué ser preferido para la procreación. Y como la identidad genérica (el *gender*) podría adaptarse indefinidamente a nuevos y diferentes propósitos, correspondería a cada individuo elegir libremente el tipo de género al que le gustaría pertenecer, en las diversas situaciones y etapas de su vida⁽²⁹⁾.

IV. La ideología del género y su influencia en el concepto de familia

Los promotores de esta línea de pensamiento quieren lograr la llamada “deconstrucción” o relectura de la institución familiar. Ahora bien, el derecho a formar una familia es uno de tipo fundamental en las sociedades occidentales⁽³⁰⁾, pero el deber de los Estados de proteger a la

(27) El Estado de Wyoming (Estados Unidos) fue el pionero en conceder el voto femenino en 1869. Le siguieron Inglaterra y Alemania (1918), Suecia (1919), Estados Unidos (1920), Polonia (1923). Más adelante se puede mencionar el caso de España (1931), Francia e Italia (1945), Canadá (1948), Japón (1950), México (1953) y Perú (1956). El último país europeo en reconocerlo fue Suiza (1971).

(28) Cfr. BURGGRAF, Jutta. *La ideología postfeminista de género* (almudi.org, 23.V. 2007 [14.IX. 2012]; disponible en: <<http://www.almudi.org/Inicio/tabid/36/ctl/Detail/mid/386/aid/604/paid/0/Default.aspx>>.

(29) Cfr. *Ibid.* (14.IX. 2012).

(30) Con esta denominación me refiero a las que hunden sus raíces en la cultura greco-romana y cristiana.

familia deviene de la función social que esta tiene en la formación de los individuos, ya que es en ella donde estos se *humanizan*. Una somera revisión de las constituciones más próximas a nuestra tradición jurídica evidencia la profunda convicción de esta verdad. Las ciencias sociales enseñan que la familia que surge de la vida conyugal estable de un varón y una mujer es una institución originaria, peculiar y primordial, porque “existe desde el inicio, tanto en sentido filogenético (en cuanto está en el origen de la especie humana), como en sentido ontogenético (en cuanto que, en cualquier tiempo y lugar, el individuo se introduce en la sociedad y madura su participación, de forma más humana cuanto mejor está apoyado por la mediación de una familia)”⁽³¹⁾.

El hecho de que en la familia el ser humano sea aceptado y amado incondicionalmente, es decir, no por sus cualidades, sino simplemente por el hecho de ser miembro de esa comunidad humana es la clave de la maduración interior de la persona y de su proceso de *humanización*. La razón estriba en que en la familia se enlazan de “manera relevante el sentido del sexo y la procreación, del amor entre personas, de la propiedad legítima, de la educación” y, además, “se responsabiliza de la humanidad y de la tierra que ocupamos”⁽³²⁾. Los problemas de la ecología y, en último término de la solidaridad entre los miembros de una sociedad y de los pueblos en general, son cuestiones éticas en las que inciden decisivamente los valores inculcados en el entorno familiar. Interesa que los ciudadanos actúen como *habitantes* y no solo como *gente*, es decir, como seres pertenecientes a una familia común y no como grupo anónimo desconectado entre sí⁽³³⁾. Las tres funciones básicas que cumple la familia se corresponden con sus elementos constitutivos —economía, educación e intimidad—, que se ordenan a lograr la igualdad —o mejor aún la equidad— en el ámbito de la economía; la

libertad en la educación y la fraternidad en la intimidad⁽³⁴⁾.

El término familia ha devenido en algunas culturas en equivoco, pero en la mayoría de los países y, entre ellos se encuentra el Perú, existe una relación directa entre matrimonio y familia, tanto en el texto constitucional⁽³⁵⁾ como en el Código Civil⁽³⁶⁾. El matrimonio es regulado como el núcleo del cual surge la familia con los consiguientes lazos de parentesco, reconociéndoles a ambos el carácter de instituciones de derecho natural⁽³⁷⁾. A diferencia de otros Códigos⁽³⁸⁾, el peruano ha definido el matrimonio⁽³⁹⁾, pero no a la familia ni al parentesco. Determinar la esencia y fines del matrimonio exige acudir a otras ciencias pues el dato de la ley positiva no es suficiente⁽⁴⁰⁾. No obstante, de la regulación del Código civil se puede concluir que la familia se fundamenta en el matrimonio, que es la unión jurídica, plena y total, de un varón y de una mujer en su

virilidad y femineidad, que trae consigo una comunidad indivisible de vida, fundada en el amor y ordenada a la generación y educación integral de los hijos, así como a la mutua ayuda⁽⁴¹⁾. Esta precisión es importante para todas las ramas del ordenamiento, pero en particular para el Derecho del Trabajo porque la conciliación de la vida familiar con la laboral, no tiene por resultado únicamente una mejor calidad de vida para los trabajadores, sino también para sus familias porque la presencia de los padres y el diálogo que se entabla con los hijos, fortalece la capacidad ética de las futuras generaciones. Asimismo, las legislaciones laborales nacionales y los convenios colectivos fijan los derechos relativos al nacimiento del hijo, cuidado, permisos por razones familiares, etc. de acuerdo al concepto jurídico de familia del país.

Afirmar que el matrimonio es una institución natural equivale a decir que su esencia —el vínculo—, sus

- (31) DONATI, Pierpaolo. *Manual de sociología de la familia*. Instituto de Ciencias para la Familia, trans. Manuel Herrera Gómez y Sonia Pagés Luis (Pamplona: EUNSA, 2003) 13.
- (32) ALVIRA DOMÍNGUEZ, Rafael. *El lugar al que se vuelve. Reflexiones sobre la familia* (Pamplona: EUNSA, 1998) 26-27. Ahondando en esta definición el autor señala: “Familia, sexo y matrimonio son realidades distintas, aunque puedan relacionarse, y su combinación es particularmente relevante para la vida humana. Es obvio que las tres citadas realidades existen por separado. Se dan relaciones sexuales sin familia ni matrimonio, se dan matrimonios que no desarrollan una vida familiar, y a veces tampoco sexual, y hay verdaderas familias sin matrimonio ni relaciones sexuales —como cuando una persona se hace cargo de unos niños que no son suyos, pero a los que da un hogar, o cuando se forma un hogar con otras personas a partir de motivos religiosos, etc.”. ALVIRA DOMÍNGUEZ, *El lugar al que se vuelve. Reflexiones sobre la familia* 26.
- (33) Cfr. ALVIRA DOMÍNGUEZ, *El lugar al que se vuelve. Reflexiones sobre la familia* 27.
- (34) Cfr. *Ibid.* 27-28.
- (35) “La comunidad y el Estado (...) también protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad” (art. 4).
- (36) “La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú” (art. 233).
- (37) Cfr. CP, artículo 4.
- (38) Cfr. ENNECCERUS, LUDWIG / KIPP, THEODOR/ WOLFF, MARTIN. *Tratado de Derecho Civil*, trans. Blas Pérez González y José Alguer, 2ª castellana y 20ª alemana ed., V vols., vol. IV, *Derecho de Familia (Vol. I)* (Barcelona: Bosch, 1979), 12.
- (39) “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común” (art. 234).
- (40) Esta es la tarea propia del auténtico jurista que no puede empujarse su horizonte cultural con una especialización desconectada de las cuestiones esenciales para la vida humana, como son las de identificar los bienes humanos básicos, entre los que se encuentra la familia.
- (41) Remito a algunas de las fuentes consultadas: BUTTIGLIONE, *La persona y la familia*. VILADRICH, Pedro- Juan, *Agonía del matrimonio legal. Una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio, División Interdisciplinar para la Familia (DIF)* (Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1984). JUAN PABLO II, *Laborem exercens*. HERVADA, *Cuatro lecciones de Derecho Natural. Parte especial*. ALVIRA DOMÍNGUEZ, *El lugar al que se vuelve. Reflexiones sobre la familia*. CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, *Derecho Familiar Peruano*, 9ª ed., II vols., vol. II (Lima: Gaceta Jurídica Editores S.R.L., 1998), DONATI. *Manual de sociología de la familia*. ENNECCERUS, *Tratado de Derecho Civil*.

propiedades y sus fines, así como el conjunto de derechos y deberes que comporta se encuentran determinados por la naturaleza humana. Es decir, responde a la estructura ontológica de la persona y no a las disposiciones de la ley positiva⁽⁴²⁾. Por esta misma razón, el derecho a contraer matrimonio no es una *concepción del legislador* a los particulares sino una exigencia de justicia fundamentada en la misma naturaleza humana, anterior al Estado, que ningún poder puede ignorar, restringir o despreciar arbitrariamente⁽⁴³⁾.

La revisión del concepto de familia, especialmente en los países de mayor desarrollo industrial ha modificado la extensión de los derechos laborales relacionados con ella⁽⁴⁴⁾. La sociedad actual considera la familia un bien en alza, pero el divorcio, las uniones de hecho, las relaciones prematrimoniales y los nacimientos fuera del matrimonio van teniendo cada vez mayor aceptación. La búsqueda de una equiparación jurídica entre el matrimonio y las uniones de hecho tanto heterosexuales como homosexuales ha sido aceptada en algunas legislaciones, así como en parte de la doctrina científica y de la jurisprudencia⁽⁴⁵⁾. Algunos pocos países han calificado como matrimonio la unión de personas del mismo sexo. Esta cambiante realidad exige ahondar en los presupuestos antropológicos y filosóficos que originan este instituto jurídico, ya que un presupuesto esencial para el discurso lógico y el progreso de la ciencia es que los términos lingüísticos y jurídicos se empleen en un sentido unívoco⁽⁴⁶⁾.

El origen de esta dualidad ética contrastante proviene, en parte, de considerar que la familia es una institución de origen meramente social y no una institución natural. De este modo, se reducen las relaciones intrafamiliares a una dimensión estructural, prescindiendo de la existencial, que es la que caracteriza a la ideología del género. El resultado es reducir la comunidad familiar a una

especie de “mecano”, en el que se oculta el amor, verdadero principio existencial y dinámico de la familia⁽⁴⁷⁾. Consecuentemente, se reduce a la familia a una estructura compuesta por relaciones denominadas paternidad, filiación, fraternidad y conyugalidad, que se identifican con el desempeño de un rol, con independencia del sexo de las personas. Y, al no reconocer una dinámica intrínseca –natural– sino solo un valor funcional o instrumental, los fines son introducidos por el individuo, según los intereses de su subjetividad. La ética concomitante a este planteamiento es que se podrá hacer todo aquello permitido por las limitaciones físicas y la armonización de las mutuas esferas de libertad⁽⁴⁸⁾. De este modo, el Derecho deja de convertirse

en un sistema de paz para limitarse a yuxtaponer, lo que acertadamente se ha calificado como “cuotas de arbitrariedad toleradas”⁽⁴⁹⁾.

En este tipo de relaciones se sustituye a la ética por las leyes en ámbitos que estaban reservados para la intimidad del amor familiar. Esto es más patente en las relaciones de paternidad y filiación. Por lo que se refiere a las primeras, las posibilidades de construcción y la hegemonía del Derecho se incrementan todavía más y se potencian mutuamente: el hijo se considera parte de la calidad de vida. Los padres eligen cuándo y cómo tener al hijo, inclusive sus características genéticas: los abortos con fines eugenésicos son cada vez más frecuentes⁽⁵⁰⁾. El hijo se convierte en un

(42) La unión del varón y de la mujer que contraen matrimonio se denomina también *conyugal*. Este calificativo resalta la unidad esponsal –no fusión– de los esposos, que es también unidad social y de justicia, que establece un vínculo jurídico entre ambos, fundamentada en “la profundísima unidad que, por la misma naturaleza, está dispuesta entre lo femenino y lo masculino. Y en este sentido, no existe en la naturaleza una unidad tan básica, elemental y natural como aquella que se produce entre los esposos, entre la virilidad y la femineidad entregadas en su totalidad a título de deuda en la alianza [matrimonial]”. VILADRICH, *Agonía del matrimonio legal. Una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio*.

(43) “Así quedan fuera de la competencia del legislador la constitución de la esencia de la unión conyugal, las propiedades esenciales de esta unión, el contenido nuclear de lo conyugal, las líneas básicas del desarrollo de la vida matrimonial y familiar y la esencia del pacto matrimonial”, *Ibid.*, p. 179.

(44) Cfr. MARÍN ALONSO, Inmaculada/ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. *Familia y trabajo: el régimen jurídico de su armonización*. Laborum, Murcia, 2001.

(45) Entre estas legislaciones se cuenta la del Distrito Federal de México porque el 21 de diciembre de 2009 su Asamblea Legislativa aprobó una enmienda al Código Civil –de ese Distrito Federal–, por la que se permitió contraer matrimonio a personas del mismo sexo. La ley entró en vigor en marzo de 2010. Conviene advertir, que al igual que en otros países, había precedido una legislación que reconocía las uniones de hecho: desde el 2006 existía una “Ley de sociedades de convivencia” equiparable al matrimonio, pero no con todos los derechos del mismo. Por otro lado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación confirmó la validez de la ley el 5 de agosto de 2010 y, el 16 de agosto de ese mismo año, declaró la constitucionalidad de la ley que permite adoptar niños a parejas homosexuales en la ciudad de México. Entre la múltiple bibliografía sobre el tema cito solo a FORNÉS, Juan. “Matrimonio y uniones de hecho,” *Ius Canonicum* XL, N° 80 (2001): 395-411. MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑOZ, José Luis, “La familia en la Constitución española,” *Revista Española de Derecho del Trabajo* 58 (2000): 11-43. SANCINENA, Camino, “La ficticia igualdad del matrimonio y las uniones de homosexuales,” *Jus Doctrina & Práctica*, N° 4 (2008).

(46) En la historia de las civilizaciones no existe la figura del matrimonio para personas del mismo sexo, aunque si hay abundantes testimonios de conductas homosexuales. Esta figura jurídica se ha introducido en las sociedades occidentales de mayor desarrollo económico a partir del siglo XX.

(47) Con autorizada experiencia se ha escrito: “Así como sin amor la familia no es una comunidad de personas, así también sin el amor la familia no puede vivir, crecer y perfeccionarse como comunidad de personas” JUAN PABLO II, *Familiaris consortio* (Ciudad del Vaticano: 1982). nn. 17-21. Entendemos por amor una voluntad que supera la mera atracción física o el deseo psicológico: “es la tendencia racional que busca un verdadero bien, un bien que responda a la naturaleza profunda del que actúa y, en definitiva, al ser de las cosas”. LLANO CIFUENTES, Alejandro, “Universidad, Verdad y Libertad” en *Forum UNIV 2004*, ed. Instituto per la Cooperazione Universitaria (Publicada en: forumiv.org, 2004).

(48) Cfr. SERNA BERMÚDEZ, Pedro. “Reivindicación europea de la familia. Una interpretación”. En: *Iustitia* LXXII, N° 3-4, 1994, pp. 261-279.

(49) OLLERO, Andrés. *Derechos humanos y metodología jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 152.

(50) Es un derecho de los padres decidir el número de hijos y el tiempo de su concepción, pero no son derechos absolutos, pues si engendran un hijo en fecha no deseada no tienen derecho a quitarle la vida.

bien útil, asemejándolo a las cosas. De este modo, la distinción más radical que conoce el Derecho, aquella que separa las personas de las cosas, se atenúa fuertemente. Hasta el siglo pasado, las personas podían tener propiedades, pero no ser propiedad. Ahora pueden ser “derecho de otro” por las técnicas de fecundación artificial: el hombre se ha convertido en un “producto” sometido a las reglas del más fuerte. De este modo se modifica de modo sustancial la esencia de la familia y se deshumanizan las relaciones humanas⁽⁵¹⁾.

Estas reflexiones no interesan solo a la Filosofía del Derecho porque del concepto de familia que se adopte, lo hemos afirmado anteriormente, se siguen consecuencias prácticas también para el Derecho del Trabajo como puede apreciarse en la jurisprudencia desde hace más de una década⁽⁵²⁾. Privilegiar al matrimonio en el ámbito de los beneficios laborales, de conformidad con el modo de ser y de obrar que observamos en la naturaleza, es una forma de proteger a la familia, de modo similar a como la bonificación del cien por ciento para las cotizaciones del personal de reemplazo por maternidad, es un modo de proteger la maternidad y de disminuir la carga social del empresario.

V. La ruta hacia la igualdad de oportunidades: un esfuerzo internacional

A la luz de las consideraciones anteriores sobre nuestra ruta hacia la igualdad de oportunidades, es necesario hacer mención a diversos instrumentos de la Organización Internacional de Trabajo, como son la Declaración de la Conferencia Internacional del Trabajo sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras (1975), la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998), los Convenios y Recomendaciones destinados a garantizar la igualdad de oportunidades

y de trato para los trabajadores y las trabajadoras, en particular el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (1981) y el Convenio sobre protección de la maternidad (2000), en el que se revisaron los dos Convenios anteriores sobre esta materia y se regula la protección en caso de riesgos en el embarazo. Son también especialmente relevantes, en relación a esta materia, las Resoluciones adoptadas por este organismo en los años 1975, 1985 y 1991, y, en particular, la de junio de 2004 referida a la igualdad entre hombres y mujeres, la igualdad de remuneración y la protección de la maternidad.

En el Derecho internacional esta igualdad, así como la prohibición de discriminación contra la mujer, son normas imperativas (*ius cogens*) que no admiten disposición en contrario, de acuerdo al artículo 53 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969. Así puede deducirse de los principios generales,

basados tanto en la costumbre como en los tratados internacionales, que han sido interpretados y aplicados por los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, la Corte Internacional de Justicia, los Comités de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y especialmente por la legislación y jurisprudencia de los países miembros de la ONU⁽⁵³⁾.

Son especialmente relevantes la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (DEDM), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDM) y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (PFCEM), porque han ampliado y reforzado la igualdad de derechos reconocida en otros instrumentos internacionales. El artículo 1 de la CEDM define la discriminación contra la mujer en tales términos⁽⁵⁴⁾, que de ellos puede

(51) “Hoy se reconoce que la familia no es solo el eje capital del Derecho privado, sino que reviste también importancia considerable para la moralidad pública, para la conservación de la especie, para el aumento de la población, para la trabazón social y para la solidez de la estructura política (...) base insustituible para una organización estable y eficaz”. PÉREZ SERRANO, N. (1984) Tratado de Derecho Político, 2ª ed., Civitas, Madrid, citado por MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑOZ, “La familia en la Constitución española,” 12, nota 13.

(52) En España las controversias por la extensión de los beneficios reconocidos en la ley y los convenios colectivos en virtud del matrimonio, a las uniones de hecho son numerosas. Cito como ejemplo STSJ Madrid 25 marzo 1998 (AS 1998, 806), que rechaza el permiso por matrimonio a quienes acrediten una unión de hecho. También la negativa a conceder los permisos por enfermedad de parientes por afinidad a las parejas de hecho porque la afinidad presupone el matrimonio Cfr. SSTS 18 febrero y 27 mayo 1998 (RJ 1998, 2209 y 4932), entre otras.

(53) Cfr. Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, que reafirma “la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”. Además, en su artículo 1 se proclama el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todas las personas “sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”. Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 2 reconoce los derechos y libertades de toda persona “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. A mayor abundamiento, el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el artículo 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establecen que los derechos enunciados en ellos son aplicables a todas las personas sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

(54) La expresión “discriminación contra la mujer” comprende “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”. Esta Convención fue ratificada por el Perú el 13.IX.1982, por tanto, de acuerdo al artículo 55 de la Constitución, su contenido forma parte de nuestro Ordenamiento jurídico y se debe aplicar aunque la legislación peruana no regule las mismas materias, porque las normas internacionales son “válidas y vinculantes dentro de nuestro Ordenamiento jurídico nacional” (Cfr. sentencia del TC recaída en el Exp. N° 0008-2005-PI/TC, f. j. 50).

deducirse que cubre tanto la igualdad de oportunidades (igualdad formal) como la igualdad de resultados (igualdad *de facto*). Asimismo, permite concluir que la discriminación contra la mujer abarca toda diferencia de trato (distinción, exclusión o restricción) por motivos de sexo que: a) intencionada o no intencionadamente desfavorezca a la mujer; b) impida a la sociedad en su conjunto reconocer los derechos de la mujer en las esferas doméstica y pública; o, c) impida a la mujer gozar o ejercer los derechos humanos y las libertades fundamentales de que es titular.

VI. La no discriminación y la igualdad de oportunidades: algunas conclusiones

Hemos afirmado que la obligación de no discriminación es distinta al derecho de igual tratamiento ante la ley, tanto en la formación de la norma como en su interpretación o aplicación⁽⁵⁵⁾. Ahora precisamos que también son complementarias: el reconocimiento de la igualdad es el fundamento del trato no discriminatorio. Más aún, la igualdad de las personas incluye: a) el principio de no discriminación, mediante el cual se prohíbe diferencias que no se pueda justificar con criterios razonables y objetivos; y b) el principio de protección, que se satisface mediante acciones especiales dirigidas a la consecución de la igualdad real o positiva. Consecuentemente, “el derecho a la igualdad no impone que todos los sujetos de derecho o todos los destinatarios de las normas tengan los mismos derechos y las mismas obligaciones. Es decir, no todo trato desigual constituye una discriminación constitucionalmente prohibida, sino solo aquella que no está razonablemente justificada”⁽⁵⁶⁾.

En definitiva, la correcta aplicación del Derecho exige *dar a cada quien lo que le corresponde*. Por tanto, no equivale a *uniformizar* sino a *discriminar adecuadamente con criterios*

de proporcionalidad⁽⁵⁷⁾. De allí que la igualdad –exigida por la justicia– imponga tratar “igual a los iguales” y “desigual a los desiguales”. En consecuencia, “si la mujer cumple con una función natural propia –la de la maternidad–, que exigen la guarda y custodia de la vida, a la que le corresponde una constitución biológica y un ritmo de vida y trabajo, distintos a los del varón, es consecuente que el Ordenamiento jurídico refleje estas diferencias naturales en orden a lograr un trato justo”⁽⁵⁸⁾.

Se trata de promover los derechos de la mujer evitando un mimetismo con respecto al varón, que reduciría a la mujer a una mera copia de este. Por el contrario, interesa que la antropología y las demás ciencias sociales, incluyendo al Derecho, respeten y fomenten la diversidad de la tipología femenina y masculina. Solo cuando se acepte –en la práctica– que “la mujer es capaz de colaborar con el hombre, por ser *su correspondencia perfecta*” y que “la mujer es otro tipo de ‘yo’ en una humanidad común, constituida en perfecta igualdad de dignidad por el hombre y la mujer”⁽⁵⁹⁾, la promoción de los derechos de la mujer tendrá un fundamento sólido, basado en auténticas relaciones de justicia.

El respeto a esta igualdad fundamental preservará el “genio femenino”, que se ha sintetizado como “la capacidad para acoger, para atender al hombre, para generar la vida”⁽⁶⁰⁾, que hace más humanas y cálidas las relaciones interpersonales dentro del hogar y en las demás esferas de la vida social. Igualdad en lo fundamental y

equidad en la diversidad: esta puede ser la síntesis de la regulación jurídica respecto a los derechos de la mujer en la familia y en el trabajo.

Finalmente, ante la situación de discriminación histórica en perjuicio de la mujer se acepta que los Estados puedan “aplicar medidas positivas de carácter correctivo mientras persistan las desigualdades”⁽⁶¹⁾. En esta línea se considera que es deber del Estado ser el promotor de la igualdad sustancial entre los individuos mediante “acciones positivas” o “de discriminación inversa”. Esta acción estatal debe ser prudentemente ejercida a fin de no incurrir en nuevas discriminaciones, como sería preferir la contratación de una persona en un puesto no por su capacidad para realizar el servicio o la obra que se requiera, sino por factores sociológicos al margen de las prestaciones conmutativas a las que se obligan las partes del contrato de trabajo. Por eso, las cuotas de preferencia para el empleo femenino son cuestionables cuando establecen una preferencia solo por razones históricas, sin tener en cuenta la calificación de la candidata. Cuestión distinta es, si en igualdad de méritos entre varones y mujeres, se prefiere a estas últimas a fin de corregir la discriminación histórica. Lo contrario –elegir a una mujer solo por el hecho de serlo, aun cuando tenga menor preparación o méritos que un varón– crea una nueva discriminación injusta, que será origen de futuros antagonismos. En cambio, cuando la diversidad de trato obedece a razones de equidad es factible lograr la justicia y con ella el desarrollo y la paz social.

Lima, 9 de abril de 2013.

(55) Cfr. Apartado 1 ut supra.

(56) Exp. N° 05652-2007-PA/TC, f. j. 19.

(57) “Lo justo es tratar a todos por igual en lo que son iguales y de modo diferente –pero proporcional, esta es la clave– en lo que son diferentes”. HERVADA, Javier, ANDRÉS MUÑOZ, Juan. *Guía de los estudios universitarios. Derecho, Ciencias de la Educación. Guías de los Estudios Universitarios*. Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1984, p. 46.

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

(59) JUAN PABLO II, *Compromiso por la promoción de la mujer* (30.I.12).

(60) *Ibid.* (30.I.12).

(61) CEDM, artículo 4.

Bibliografía

ALONSO OLEA, Manuel. “Derecho del honor y despido”. En: *Revista Española de Derecho del Trabajo. Civitas* 2001, pp. 279-284.

“El trabajo de la mujer en el Derecho Español”. En: *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*. N° 72, 1995, pp. 165-176.

ALVIRA DOMÍNGUEZ, Rafael. *El lugar al que se vuelve. Reflexiones sobre la familia*. EUNSA, Pamplona, 1998.

BURGGRAF, Jutta. *La ideología postfeminista de género* almudi.org, 23.V. 2007 [14.IX. 2012]. disponible en: <<http://www.almudi.org/Inicio/tabid/36/ctl/Detail/mid/386/aid/604/paid/0/Default.aspx>>.

BUTTIGLIONE, Rocco. *La persona y la familia*. Traducido por Antonio Esquivias. Palabra, Madrid, 1999.

CASTILLA Y CORTÁZAR, Blanca. *Persona y género. Ser varón y ser mujer*. Ediciones Internacionales Universitarias, Barcelona, 1997.

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. 9a ed. II vols. Vol. II. Gaceta Jurídica Editores S.R.L., Lima, 1998.

D’ORS, Álvaro. *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo.*, Cuadernos. Civitas, Madrid, 1995.

DONATI, Pierpaolo. *Manual de sociología de la familia*. Traducido por Manuel Herrera Gómez y Sonia Pagés Luis. Editado por Instituto de Ciencias para la Familia. Pamplona: EUNSA, 2003.

ENNECCERUS, LUDWIG / KIPP, THEODOR/ WOLFF, MARTIN. *Tratado de Derecho Civil*. Traducido por Blas Pérez González y José Alguer. 2ª castellana y 20ª alemana ed.

V vols. Vol. IV, *Derecho de Familia (Vol. I)*. Bosch, Barcelona, 1979.

ESCRIVÁ DE BALAGUER, Josemaría, *Camino* (1a. (1939)) (Rialp, 26.I 2011);ubicable en: <http://www.escrivaobras.org/book/camino-indice_materias-225.htm>.

FORNÉS, Juan. “Matrimonio y uniones de hecho”. En: *Ius Canonicum* XL, N° 80, 2001, pp. 395-411.

GONZÁLEZ, Ana Marta. *Naturaleza y dignidad*. EUNSA, Pamplona, 1996.

HERVADA, Javier. *Cuatro lecciones de Derecho Natural. Parte especial*. 4ª ed. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1998.

HERVADA, Javier, ANDRÉS MUÑOZ, Juan. *Guía de los estudios universitarios. Derecho, Ciencias de la Educación. Guías de los Estudios Universitarios*. Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1984.

JUAN PABLO II. *Compromiso por la promoción de la mujer* vatican.va, 15.IX.12 1999 [30.I. 2012]. disponible en: <http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/audiencias/1999/documents/hf_jp-ii_aud_24111999_sp.html>.

Familiaris consortio. Ciudad del Vaticano, 1982.

Laborem exercens. Castelgandolfo: vatican.va, 1981.

LLANO CIFUENTES, Alejandro. “Universidad, Verdad y Libertad” en *Forum UNIV 2004*, editado por Instituto per la Cooperazione Universitaria. Publicada en: <forumuniv.org, 2004>.

MANUELA RAMOS. *Ley de igualdad de oportunidades de mujeres y hombres* Movimiento Manuela Ramos, 2008 [14. IX 2012]. disponible en: <<http://www.manuela.org.pe/wp-content/>

[uploads/2007/06/57214506-Ley-de-Igualdad-de-Oportunidades-entre-mujeres-y-hombres.pdf](http://www.manuela.org.pe/wp-content/uploads/2007/06/57214506-Ley-de-Igualdad-de-Oportunidades-entre-mujeres-y-hombres.pdf)>.

MARÍAS, Julián. *La mujer en el siglo XX*. 4a ed, Humanidades. Madrid, Alianza Editorial, 1980.

MARÍN ALONSO, Inmaculada/ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. *Familia y trabajo: el régimen jurídico de su armonización*. Laborum, Murcia, 2001.

MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, José Luis. “La familia en la Constitución española”. En: *Revista Española de Derecho del Trabajo* 58, 2000, pp. 11-43.

OLLERO, Andrés. *Derechos humanos y metodología jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

PACHECO ZERGA, Luz. “La protección de la mujer trabajadora en el Ordenamiento peruano”. En: *Gaceta Jurídica*. N° 120, 2003, pp. 13-26.

RODRÍGUEZ, Pedro. “La responsabilidad de los cristianos en la vida universitaria. Consideraciones acerca de la relacion entre naturaleza y cultura”. En: *Scripta Theologica* XXXIII. N° 1, 2001, pp. 161-182.

SANCIÑENA, Camino. “La ficticia igualdad del matrimonio y las uniones de homosexuales”. En: *Jus Doctrina & Práctica*. N° 4, 2008, pp. 165-181.

SERNA BERMÚDEZ, Pedro. “Reivindicación europea de la familia. Una interpretación”. En: *Iustitia* LXXII. N° 3-4, 1994, pp. 261-279.

VILADRICH, Pedro- Juan. *Agonía del matrimonio legal. Una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio, División Interdisciplinar para la Familia (DIF)*. Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1984.

ZUBIRI, Xavier. *Sobre el hombre*. Alianza editorial, Madrid, 1986.



SOLUCIONES LABORALES PARA EL SECTOR PRIVADO

LA INSPECCIÓN LABORAL Y SU PROBLEMÁTICA EN EL PERÚ

Luis Alberto SERRANO DÍAZ^()*

Introducción

La presente investigación busca dar a conocer el sistema de inspección, su actuación y su problemática, si bien en los últimos años es innegable que la misma ha mejorado significativamente, en un entorno globalizado y de firma de tratados de libre comercio (TLC), que lo han impulsado, también queda claro que hay nuevos retos y que demandan un accionar más dinámico, estratégico, con una adecuada estructura normativa y organizativa a efectos de cumplir su razón de ser y su finalidad conforme lo establecen las normas internacionales de trabajo, convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) los cuales el Perú ha ratificado, así como el marco legislativo y constitucional que regula nuestro Estado.

Cabe destacar que la inspección es y seguirá siendo un instrumento imprescindible para que el Estado pueda controlar si se cumplen o no las normas legales y convencionales del trabajo en las empresas y lugares donde exista una relación laboral, orientándose de esta forma a contribuir lo propugnado por la OIT como el trabajo decente.

Esperando que la presente investigación contribuya con un grano de arena a conocer y comprender la inspección de trabajo y nuestra realidad nacional, para mejorarlo, los invito a revisarlo.

I. Aspectos generales e históricos de la inspección del trabajo

1. Surgimiento de la inspección del trabajo

La inspección de trabajo tal como la conocemos hoy surge con el objeto de controlar la aplicación de las primeras leyes protectoras de derechos laborales, frente a la creciente revolución industrial desatada y los excesos de esta a finales del siglo XVIII y parte del XIX. La Organización Internacional de Trabajo (en adelante OIT) reseña que ante tales hechos el Estado trata de establecer un marco legal conveniente así como los procedimientos y garantías necesarias para su cumplimiento⁽¹⁾. El surgimiento de la inspección está relacionada con el hecho acaecido en Inglaterra el año 1802, año en que se emite la primera legislación dirigida a mejorar las condiciones de trabajo, aprobándose la Ley para preservar la

(*) Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Maestría en Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la PUCP, Posgrado de Gerencia en la Administración Pública-ESAN, docente universitario CEUPS-FCC-UNMSM, Inspector del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

(1) En Gran Bretaña se dan las primeras acciones con la ley del 22 de junio de 1802, para "proteger la salud física y moral de los aprendices y otros obreros" empleados en las fábricas de hilados y tejidos. El control de la aplicación de la Ley se encomienda a instituciones benévolas o autoridades locales, desembocando en el incumplimiento. En 1833 y 1844, sucesivas modificaciones habían optado por encargar las funciones a personas de alto rango y con mayores atribuciones que finalmente aumentan y pasan a ser funcionarios de la administración estatal. Francia y Alemania, en el segundo tercio de siglo, entran en el proceso de la generación de una normativa protectora y algún sistema inspectivo, que desembocaron en necesidades de reforzamiento de dichos instrumentos. La OIT en: *El manual de educación obrera*, Ginebra, 1986.

moralidad de los aprendices⁽²⁾, y encargándose inicialmente a un conjunto de personas voluntarias de cada localidad para la supervisión de la aplicación de la ley, la que no resultó muy efectiva, lo que condujo a que en el año de 1833, por primera vez el gobierno del Reino Unido designara a los primeros cuatro inspectores de trabajo, teniendo como función primordial verificar las jornadas de trabajo de los adultos y niños⁽³⁾ o en términos más amplios supervisar la aplicación de las primeras leyes protectoras. Más adelante, en 1844, los inspectores se convirtieron en funcionarios públicos.

En 1890 se celebra la conferencia de Berlín a la cual asisten 15 países, adoptándose normas orientadas a mejorar las condiciones de trabajo y regular los servicios de inspección, señalándose que las leyes de cada Estado deberían ser supervisadas por un número adecuado de funcionarios calificados designados por el gobierno los cuales debían ser independientes de los empleadores y trabajadores.

En 1919 al crearse la OIT generó un mayor impulso para el desarrollo de la inspección del trabajo. La OIT asumió como su constitución el Tratado de Versalles (Cap. XIII), en cuyo contenido establecía que cada Estado debería organizar un servicio de inspección con el objeto de garantizar la aplicación de las leyes y reglamentos para la protección de los trabajadores. En esta primera sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1919, expresaron el deseo de establecimiento pronto de un sistema de inspección eficiente y un servicio del gobierno especialmente encargado de salvaguardar la salud de los trabajadores.

En el año 1923, en esa línea de desarrollo, la Conferencia adoptó la Recomendación N° 20⁽⁴⁾, la cual no era vinculante, sobre la inspección de trabajo, pero que establecía los principios generales para la organización

y el funcionamiento de los servicios nacionales de inspección del trabajo, este antecedente dio pie a que posteriormente se adoptasen instrumentos más completos como los convenios N° 81 (adoptado en 1947) y 129 (adoptado en 1969) y sus respectivas recomendaciones N°s 81 y 133.

De acuerdo con lo revisado, consideramos que la inspección del trabajo surgió como un mecanismo básico del Estado para el control del cumplimiento efectivo de la legislación laboral, el que ha evolucionado en su organización y funcionamiento en concordancia con las recomendaciones de la OIT y que ha tenido una constante adaptación a los cambios en la dinámica de las relaciones laborales desde su creación⁽⁵⁾, adaptaciones y cambios que deben continuar, traduciéndose en el fortalecimiento de su capacidad y la ampliación de sus funciones.

2. Finalidad de la inspección del trabajo

Considero que las razones que sustentan el desarrollo de la inspección de trabajo permanecen desde su

origen, no obstante se han fortalecido e incorporado nuevas.

Conforme lo señala la OIT⁽⁶⁾ en la guía para los trabajadores, la misión primaria de cualquier sistema de inspección del trabajo es garantizar el cumplimiento de las normas laborales, entendiéndose estas como el conjunto normativo nacional destinado a proteger a los trabajadores y sus familias, así los propósitos principales de la inspección de trabajo incluyen la necesidad de garantizar que:

- a) Se respeta la legislación laboral pertinente en los centros de trabajo con el objetivo de lograr condiciones de trabajo y empleo decentes.
- b) Tanto empleadores como trabajadores obtienen la información y la orientación necesaria para cumplir con los requisitos legales.
- c) Las empresas adoptan medidas adecuadas para garantizar que las prácticas y el ambiente laboral, no ponen en peligro la seguridad y salud de los trabajadores.

(2) Los aprendices eran niños trabajadores y la moralidad se definía en términos de seguridad, salud y bienestar. *La inspección del trabajo: qué es y lo que hace. Guía para los trabajadores*. OIT, Ginebra, 2010.

(3) Rendón Vázquez, señala que la inspección de trabajo surge como una manera de acción estatal en las relaciones laborales, así surge en Inglaterra en la primera mitad del siglo XIX como un procedimiento por el cual la administración pública verificaba si en las empresas industriales y mineras se cumplían las normas sobre administración y condiciones de trabajo de los menores. Desde entonces, ha evolucionado ampliando su campo de acción y mejorando sus técnicas. Hoy constituye un instrumento imprescindible gracias al cual el Estado se encuentra en aptitud de controlar si se cumplen las normas legales y convencionales de trabajo en las empresas y otros sitios donde se dan las relaciones entre empleadores y trabajadores. RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. *Derecho del Trabajo Colectivo*. Edial, Lima, 2007, p. 164.

(4) La inspección debería estar sujeta al control directo y exclusivo de una autoridad nacional central y no debería estar sujeta al control de las autoridades locales ni depender de ellas en modo alguno para el ejercicio de ninguna de sus funciones. Lit. A, Organización del Personal, Cap III, Organización de la Inspección, *R20 Recomendación sobre la inspección del trabajo*, Ginebra, 1923.

(5) Desde el surgimiento histórico de la legislación la actuación de la inspección de Trabajo ha venido constituyendo una institución muy destacada de control de su efectivo cumplimiento en las empresas y centros de trabajo. A pesar de las múltiples transformaciones producidas en la evolución y desarrollo de las relaciones laborales, la inspección de trabajo mantiene su función de orden público como indudable vehículo de aseguramiento del efectivo cumplimiento de la legislación laboral, por mucho que hayan ido adquiriendo relevancia otros mecanismos complementarios y por mucho que la propia normativa laboral en ciertas ocasiones haya logrado su objetivo más a través de fórmulas de fomento o de incentivos que por la vía sancionatoria, sin que esta última deje de desempeñar un lugar relevante e insustituible en muchas ocasiones. CRUZ VILLALÓN, Jesús. "La Actuación de la Inspección de visita a los centros de trabajo e inviolabilidad de domicilio".

(6) Guía para los trabajadores. *La Inspección del Trabajo: lo que es y lo que hace*. OIT, Ginebra, 2010.

- d) Se utiliza la retroalimentación y las lecciones prácticas aprendidas como medios de desarrollo de la legislación, para mejorar la cobertura legal, teniendo en cuenta los nuevos riesgos sociales físicos y psicológicos relacionados con el trabajo.

La doctrina también ha abordado las funciones de la inspección. Así, Rendón Vásquez⁽⁷⁾ indica que la finalidad primordial de la inspección del trabajo es el control, desempeñándose cual policía del trabajo, añadiendo además que la finalidad de la inspección del trabajo es brindarle efectividad al fin protector del Derecho del Trabajo, del que el Estado debe ser garante y responsable. En tal sentido la inspección de trabajo implica:

- a) Un medio de control del cumplimiento de las normas laborales;
- b) Un medio de prueba del que las partes pueden valerse; y
- c) Un instrumento fundamental para la prevención de conflictos, en la medida en que su práctica oportuna y periódica permite señalar las deficiencias en los centros de trabajo y las infracciones a la normativa.

Ángel Blasco Pellicer y María Amparo García Rubio⁽⁸⁾ señalan que los convenios OIT imponen a los estados tener un sistema de inspección de trabajo al que atribuyen tres funciones concretas: la primera “velar por el cumplimiento de las disposiciones relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores”; la segunda, “facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores”; y por último como tercera función, se encomienda a los inspectores el deber de poner en conocimiento de la autoridad competente “las deficiencias o los abusos que no estén específicamente cubiertos por las disposiciones legales existentes”.

García Granara⁽⁹⁾ indica que la inspección del trabajo representa una

atribución estatal de control administrativo del cumplimiento de la ley y que las dos primeras funciones de la inspección son las de vigilancia y asesoría.

Adolfo Ciudad⁽¹⁰⁾ indica que no cabe duda que la mejora y fortalecimiento de los sistemas de inspección del trabajo tienen una gran importancia para la prevención y solución de los conflictos de trabajo, puesto que permiten informar, orientar y asesorar a empleadores y trabajadores para actuar con observancia a las normas legales que regulan las relaciones de trabajo, también permite elevar el grado de cumplimiento de la legislación laboral, a través de la vigilancia y sanción de las conductas infractoras y transgresoras dentro del marco del respeto de las garantías de legalidad y del debido proceso.

Un sistema de inspección adecuadamente organizado y dotado de las facultades y atribuciones suficientes, así como de los recursos humanos y materiales necesarios, contribuirá a la disminución de los conflictos laborales al ser detectados en los centros de trabajo mismos, aun antes que exista reclamación alguna, con lo que estos se pueden solucionar antes que se hayan materializado.

Es importante tener en consideración, en relación a las funciones de la inspección de trabajo, los convenios de la OIT, así:

El Convenio N° 81 en su artículo 3 señala que el sistema de inspección estará encargado de:

- a) Velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, seguridad, higiene y bienestar, empleo de menores y demás disposiciones afines, en la medida en que los inspectores del trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de dichas disposiciones;
- b) Facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales;
- c) Poner en conocimiento de la autoridad competente las deficiencias o los abusos que no estén específicamente cubiertos por las disposiciones legales existentes.

Por su parte, el Convenio N° 129 (1969) sobre la inspección de trabajo en la agricultura señala en su artículo 6 que:

1. El sistema de inspección del trabajo en la agricultura estará encargado de:
 - a) Velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, descanso semanal y vacaciones; seguridad, higiene y bienestar;

(7) Ob. cit., pp. 164-165.

(8) BLASCO PELLICER, Ángel y GARCÍA RUBIO, María Amparo. *Curso de Derecho Administrativo Laboral*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 50.

(9) GARCÍA GRANARA, Fernando. “Alcances y Límites de la Inspección de trabajo. Los criterios para el ejercicio de las facultades de la inspección del trabajo en el Perú”. En: *Tercer Congreso Nacional de La Sociedad Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Chiclayo, 2008.

(10) CIUDAD REYNAUD, Adolfo. “El Nuevo Modelo de Inspección del Trabajo en el Perú”. En: *Tercer Congreso Nacional de La Sociedad Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Chiclayo, 2008.

empleo de mujeres y menores, y demás disposiciones afines, en la medida en que los inspectores del trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de dichas disposiciones.

- b) Proporcionar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales.
 - c) Poner en conocimiento de la autoridad competente los defectos o los abusos que no estén específicamente cubiertos por las disposiciones legales existentes, y someter a ella proposiciones para mejorar la legislación.
2. La legislación nacional puede confiar a los inspectores del trabajo en la agricultura funciones de asesoramiento o de control del cumplimiento de las disposiciones legales sobre condiciones de vida de los trabajadores y de sus familias.
3. Ninguna otra función que se encomiende a los inspectores del trabajo en la agricultura deberá entorpecer el cumplimiento efectivo de sus funciones principales o menoscar, en manera alguna, la autoridad e imparcialidad que los inspectores necesitan en sus relaciones con los empleadores y los trabajadores.

De lo revisado en la doctrina y los convenios OIT considero que la inspección tiene funciones de control, asesoramiento y mejoramiento. Siendo la de control su función primigenia y fundamental, a la que luego se sumó la de orientación o asesoramiento, la cual permite brindar información técnica a los trabajadores y empleadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales. Esta es considerada fundamental en la inspección del

trabajo, por cuanto tiene que ver con la prevención de los conflictos⁽¹¹⁾. A las ya señaladas funciones también se sumó una tercera función, de mejoramiento, que permite poner en conocimiento de las autoridades competentes las deficiencias no cubiertas específicamente por las disposiciones vigentes debido a que se considera que los inspectores de trabajo están en contacto directo con la realidad laboral, siendo testigos claves en conocer las deficiencias de la legislación⁽¹²⁾ y transmitir a las autoridades pertinentes a efectos de regular o modificar la regulación vigente.

3. La inspección del trabajo según la OIT

La OIT indica que la inspección del trabajo es una función pública que vela por el cumplimiento de la legislación laboral en el centro de trabajo. Está fundamentalmente delineada por el Convenio OIT N° 81. Asimismo su papel principal es lograr que se cumpla con la ley en los centros de trabajo, desarrollando medidas preventivas, educativas y donde resulte necesario, coercitivas. Los servicios de inspección se organizan de forma diferente en cada país y la asignación de recursos también varía en función de los diferentes grados de desarrollo económico, de apoyo político y profesional y a las diferentes prioridades nacionales. No obstante, las funciones de los servicios de inspección del trabajo son muy similares en todo el mundo dado que deben estar en concordancia con aquellos establecidos por los Convenios de la OIT.

En el mundo laboral, la inspección del trabajo es el instrumento más importante de la presencia e intervención del Estado para diseñar, estimular y contribuir al desarrollo de una cultura de prevención que abarque todos los aspectos que potencialmente están bajo su competencia: relaciones laborales, salarios, condiciones generales de trabajo, seguridad y salud en el trabajo, y cuestiones relacionadas con el empleo y la seguridad social. Actualmente, las inspecciones del trabajo realizan sus funciones en un ambiente desafiante, con importantes cambios en el contexto económico y social; en los desarrollos industriales; en la organización del trabajo y relación laboral; en las expectativas sociales y políticas; en la tecnología y la naturaleza de los riesgos laborales.

Adolfo Ciudad señala que los convenios ratificados por el Perú referidos a la inspección de trabajo imponen a los estados miembros la obligación de mantener un sistema de inspección del trabajo, encargado de velar por el adecuado cumplimiento del ordenamiento jurídico laboral que garantiza la protección de los derechos de los trabajadores⁽¹³⁾. Al mismo tiempo imponen la obligación de articular un sistema sancionador para reprender las conductas contrarias a las normas por cuyo cumplimiento deben velar los inspectores de trabajo, que de acuerdo con las prácticas nacionales puede ser administrativo o judicial aunque la tendencia generalizada a nivel mundial y en América Latina en concreto es que sea de naturaleza administrativa.

(11) La inspección laboral es un mecanismo preventivo por excelencia (...) convirtiéndose así en un canal de atención de los reclamos y en un verdadero mecanismo de prevención y solución de los conflictos laborales en ese orden de ideas la inspección puede actuar como un mecanismo de protección eficiente que permita al Estado garantizar la libertad sindical mediante la prevención, la disuasión y las sanciones que puedan establecerse. BOZA PRO, Guillermo. *La Inspección Laboral como mecanismo de protección de la Libertad Sindical en el Perú*. Manual del Curso de Derecho Laboral General, PUCP.

(12) Se considera que los inspectores son los funcionarios públicos con mayor contacto con los ambientes laborales, por lo cual están en mejores condiciones para conocer las deficiencias de la legislación y transmitir las a los niveles competentes de decisión para que estos hagan los ajustes que correspondan. MOLINA CARLOS, Ernesto. "La Inspección de Trabajo en Colombia". En: *Revista Latinoamericana de Derecho Social*. N° 6, enero-junio 2008.

(13) CIUDAD REYNAUD, Adolfo. *El Nuevo Modelo de Inspección del Trabajo en el Perú*. Ob. cit., p. 330.

“Como consecuencia los países que han ratificado los convenios OIT sobre la inspección de trabajo deberán disponer de un adecuado marco jurídico sobre inspección del trabajo para hacer efectiva la función pública de vigilancia y control, que no solo ha de estar integrada por normas ordenadoras del sistema de inspección, sino también por el conjunto de normas que regulen su sistema sancionador. Conviene además que ambos sistemas aunque deben estar debidamente articulados sean distintos e independientes, separando las funciones de inspección de las competencias sancionadoras”.

“El sistema de inspección es la primera fase en la que se investigan los hechos a través de diligencias de investigación, mediante actuaciones inspectivas que en estricto no son un procedimiento administrativo sino una fase previa al procedimiento sancionador”.

“En tanto que el sistema sancionador tipifica las infracciones, sus correspondientes sanciones y el procedimiento para su imposición garantizando los principios de seguridad jurídica y eliminación de la arbitrariedad de los poderes públicos que afectan los derechos de empleadores y de trabajadores. Además ese sistema sancionador debe observar rigurosamente, los principios de legalidad, tipicidad, responsabilidad y proporcionalidad de las sanciones, entre otros propios del derecho sancionador”.

Desde 2006, la OIT apoya una estrategia global para la “modernización y revigorización” de la inspección del trabajo. La OIT ha creado un programa para asistir a sus constituyentes en la promoción del trabajo decente mediante el refuerzo de la maquinaria de la administración laboral, incluyendo la inspección del trabajo y así hacerlos más efectivos. La estrategia incluye distintas actividades tanto a nivel global como nacional, tales como ayudar a

los Estados miembros a preparar auditorías de las inspecciones del trabajo, desarrollar planes de acción nacionales para mejorar la efectividad de la inspección del trabajo y garantizar la formación para los inspectores del trabajo.

La OIT brinda una especial trascendencia a la inspección de trabajo, la cual resume muy bien el Comité de Expertos de la OIT, “una inspección de trabajo eficaz, constituye la garantía más segura de que se cumplen las normas internacionales y nacionales del trabajo no solo de *iure* sino también de *facto*”. La importancia de la inspección de trabajo ha cobrado nuevo vigor y significado en los últimos años a raíz de la adopción por la OIT del concepto de trabajo decente como razón de ser de su accionar en el mundo actual, tema que abordaremos en el siguiente capítulo.

4. Convenios relativos a la inspección del trabajo

La OIT considera la inspección de trabajo de mucha relevancia para sus objetivos, por lo que ha desarrollado varios instrumentos, así tenemos: El Convenio sobre la inspección de trabajo, 1947, (N° 81), referido a establecimientos industriales y comerciales; la Recomendación sobre la inspección de trabajo, 1947 (N° 81); la Recomendación sobre la inspección de trabajo, 1947 (Minas y Transporte) (N° 82); el convenio sobre la inspección de trabajo en la agricultura, 1969, (N° 129); la Recomendación sobre la inspección de trabajo (Agricultura) 1969 (N° 133) y el protocolo de 1995 relativo al convenio número 81 sobre la inspección de trabajo, 1947.

Las normas internacionales de la OIT, en especial el Convenio sobre la inspección del trabajo N° 81 (1947), el convenio 129 sobre la inspección de trabajo en la agricultura (1969) y el protocolo de 1995 relativo al convenio sobre la inspección del trabajo de

1947, así como las recomendaciones N°s 81, 82 y 133, han establecido los criterios generales que deberían observar los sistemas de inspección del trabajo nacionales en lo que respecta a su integración como sistemas unificados, polivalentes e integrados, así como su competencia, funciones, estructura, personal, recursos materiales, métodos generales de inspección y trámite y sanción de las infracciones de la legislación laboral. En síntesis en tales normas internacionales se sientan los criterios básicos de los sistemas de inspección.

El Convenio 81 representa el marco normativo internacional de la Inspección de Trabajo, adoptado en Trigésima Reunión de la Conferencia General de la OIT en Ginebra en 1947.

Indica que el sistema de inspección de trabajo está encargado de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como disposiciones sobre las horas de trabajo y a la protección de los trabajadores en ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, seguridad, higiene y bienestar, empleo de menores y demás disposiciones afines, en la medida que los inspectores de trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de dichas disposiciones.

El Convenio N° 81, aplicable a la industria y al comercio, sigue siendo la principal referencia internacional para los servicios de la inspección del trabajo y es tan relevante en la actualidad como hace sesenta años. Se ha convertido en uno de los más ampliamente ratificados entre todos los Convenios de la OIT (141 países) y ha servido como modelo para la mayoría de las leyes y reglamentos nacionales en la creación de los modernos sistemas de inspección. El Convenio N° 81 y la Recomendación N° 81, conjuntamente, constituyen

claramente las reglas que deben aplicarse en materia de inspección del trabajo. El Convenio N° 129, aplicable a la agricultura, repite en esencia las disposiciones del Convenio N° 81 pero amplía el ámbito de empresas y trabajadores cubiertos así como las áreas de competencia del sistema de inspección del trabajo. Los Convenios N°s 81 y 129 definen las funciones, obligaciones y responsabilidades de los sistemas de inspección del trabajo, los requisitos para la contratación de personal, medidas de acción para los inspectores, competencias y obligaciones de los inspectores en relación con la ética y la información sobre sus actividades. Igualmente, estos Convenios prevén el informe de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. La Recomendación sobre Inspección del trabajo de 1947 (N° 81) proporciona más detalles relativos a la información que se debe incluir en los informes anuales y contiene orientaciones para la colaboración entre inspectores, empleadores y trabajadores, principalmente en el área de seguridad y salud en el trabajo.

Así la OIT con base en los convenios N°s 81 y 129, señala los siguientes parámetros para una efectiva inspección del trabajo conforme a la normativa universal⁽¹⁴⁾:

- La inspección del trabajo deberá organizarse como un sistema aplicable a todos los establecimientos en los que sean de aplicación las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores.
- La inspección del trabajo deberá estar bajo la vigilancia y control de una autoridad central siempre y cuando sea compatible con la práctica administrativa del país.
- Deberá velar por el cumplimiento y garantizar funciones educativas en relación con las condiciones de trabajo (tales como horas de trabajo, salarios, seguridad, salud

y bienestar, el empleo de niños y jóvenes y otras materias relacionadas) y alertar a las autoridades competentes de cualquier defecto o abuso no recogido por las disposiciones legales existentes.

- Los inspectores deben ser funcionarios públicos con estabilidad en el empleo garantizada e independiente de los cambios de gobierno y de cualquier influencia exterior indebida.
- Deberán ser contratados tomándose únicamente en cuenta sus aptitudes y deberán recibir formación adecuada para el desempeño de sus funciones.
- Su número debería ser suficiente para garantizar el desempeño efectivo de sus funciones, y se determinará teniendo debidamente en cuenta: el número, la naturaleza, la importancia y la situación de los establecimientos sujetos a inspección, el número de trabajadores empleados y el número y complejidad de las disposiciones legales por cuya aplicación deba velarse.
- Se les proporcionará oficinas adecuadamente equipadas y los medios de transporte y demás materiales que sean necesarios para el desempeño de sus funciones.
- Deben ser provistos de las adecuadas credenciales y ser autorizados legalmente para desempeñar sus funciones.
- Los establecimientos se deberán inspeccionar con la frecuencia y el esmero que sean necesarios para garantizar la efectiva aplicación de las disposiciones legales pertinentes.
- Los inspectores deberán facilitar información y asesorar a

empleadores y trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir con las disposiciones legales.

- Las leyes y reglamentos nacionales deben prever y aplicar de manera efectiva sanciones adecuadas para los casos de violación de las disposiciones legales por cuyo cumplimiento velen los inspectores del trabajo y en aquellos en que se obstruya a estos en el desempeño de sus funciones.
- El rendimiento efectivo del sistema de inspección del trabajo se puede conseguir mediante la cooperación efectiva con otros servicios gubernamentales e instituciones privadas cuya actividad sea la protección laboral así como con los empleadores y trabajadores y sus respectivas organizaciones.

Considero pertinente señalar que las obligaciones establecidas en los Convenios son vinculantes, pero su alcance permite un amplio margen de flexibilidad. Así, se pueden observar diferencias entre distintos países en relación con el alcance y la naturaleza de la legislación cubierta así como de las competencias atribuidas a los inspectores. Las competencias de los inspectores pueden incluir toda la legislación relativa a condiciones de trabajo y ambiente laboral o pueden estar restringidas a determinadas materias, por ejemplo seguridad y salud o salarios. El sistema puede dar cobertura a todos los sectores de la economía o solo a algunos de ellos; puede abarcar todo el territorio nacional o únicamente parte de él. Las funciones de los servicios nacionales de inspección pueden ser muy limitadas o extremadamente amplias, dependiendo del país, y, aun así, serán acordes a la definición internacional de los propósitos de la inspección en tanto que las

(14) Guía para los trabajadores. La Inspección del Trabajo: lo que es y lo que hace. Ob. cit., p. 13.

principales funciones de la inspección definidas anteriormente queden correctamente garantizadas.

Los Estados son cada vez más conscientes de la necesidad de tener servicios de inspección del trabajo más sólidos y efectivos para hacer frente a los retos de una economía global que está en constante cambio, y la OIT proporciona asistencia técnica donde se le solicita.

II. La inspección del trabajo, la declaración de la OIT de 1998 y el concepto de trabajo decente

1. La inspección de trabajo y la Declaración de la OIT de 1998

La Organización Internacional del Trabajo adoptó el 18 de junio de 1998, en Ginebra, una Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, en la búsqueda de conciliar el crecimiento económico con un mínimo de reglas de y derechos fundamentales en el trabajo, es decir a la par con el progreso social. La OIT trata de proteger y fomentar el respeto de los derechos básicos de los trabajadores aplicando plenamente sus convenios. Es así que un aspecto relevante y fundamental es que se reconoce que todos los miembros de la OIT, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen el compromiso de respetar, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios.

También se dispone del procedimiento constitucional de que se ha dotado la OIT, que le permitirá solicitar cada año a los miembros que no hayan ratificado aún los convenios fundamentales la presentación de memorias sobre los progresos en la aplicación de los principios plasmados en dichos convenios.

La Declaración compromete a los estados miembros a respetar y

promover los principios y derechos comprendidos en cuatro categorías:

- La libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva.
- La eliminación del trabajo forzoso u obligatorio.
- La abolición del trabajo infantil.
- La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

La Declaración establece claramente que estos derechos son universales y que se aplican a todas las personas en todos los países, independientemente del nivel de desarrollo económico. La Declaración y su seguimiento como indica la OIT ofrecen a los países, los empleadores y los trabajadores tres modalidades de ayuda para cumplir plenamente el objetivo de la misma. En primer lugar, se realiza un examen anual de las memorias comunicadas por los países que aún no han ratificado uno o varios de los convenios de la OIT, directamente relacionados con los principios y derechos específicos enunciados en la Declaración. Este proceso de presentación de memorias brinda a los gobiernos la oportunidad de exponer las medidas que han tomado con el fin de dar cumplimiento a la Declaración y ofrece a las organizaciones de empleadores y de trabajadores la posibilidad de expresar sus opiniones respecto de los progresos realizados y las medidas tomadas.

En segundo lugar, el Informe global brinda, todos los años, una imagen global y dinámica de la situación en que se encuentran los principios y derechos enunciados en la Declaración. El Informe global proporciona una visión objetiva de las tendencias mundiales y regionales con respecto a las cuestiones relacionadas con la Declaración y pone de relieve los ámbitos que requieren más atención.

Asimismo, sirve de base para fijar prioridades en materia de cooperación técnica. Los proyectos de cooperación técnica en este ámbito, son la tercera modalidad para dar efecto a la Declaración. Tienen por finalidad atender necesidades concretas relacionadas con la Declaración y fortalecer las capacidades locales facilitando así la aplicación de los principios.

Consideramos que en este contexto la inspección de trabajo también adquiere una mayor relevancia, puesto que al estar todos los Estados miembros de la OIT obligados al respeto de los derechos fundamentales laborales, la inspección del trabajo es una de las maneras de velar por su adecuado respeto. Visto desde otra perspectiva, también la actuación de la inspección de trabajo será parte del informe anual o global que realice un país, en el caso de que no hayan ratificado los convenios sobre derechos fundamentales laborales y que es parte del seguimiento o control de la Declaración.

Así la inspección de trabajo buscará controlar el respeto de los derechos fundamentales en un entorno globalizado, lo que implica el respeto de los derechos laborales cuando menos fundamentales, que han de tenerse en cuenta en las transacciones comerciales en el mundo entero.

2. La inspección de trabajo y el concepto de trabajo decente

El concepto de “trabajo decente” fue acuñado por Juan Somavía, en su primer informe como Director General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1999.

El término fue introducido como respuesta al deterioro de los derechos de los trabajadores que se registró mundialmente durante la década del 90, como consecuencia del proceso de globalización que al margen de generar desarrollo económico

también produjo mayor desigualdad. Desde entonces el concepto de trabajo decente fue surgiendo, se modificó y evolucionó.

Aparece una primera definición en la Memoria del Director General a la Conferencia Internacional del Trabajo de 1999 como: “trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son protegidos y que cuenta con remuneración adecuada y protección social sumándose a ello el tripartismo y el diálogo social”.

El mismo documento también da a entender que el trabajo decente está relacionado con los cuatro objetivos estratégicos fijados en el programa de la OIT para 2000-2011, que se supone, tenderían a la consecución de un trabajo decente. Estos cuatro objetivos estratégicos son: a) la promoción de los derechos laborales; b) la promoción del empleo; c) la protección social contra las situaciones de vulnerabilidad y d) el fomento del diálogo social.

La necesidad de abordar y atender la dimensión social de la globalización, genera el surgimiento del concepto de trabajo decente⁽¹⁵⁾.

La definición presentada consideramos brinda una idea relativamente más clara respecto a lo que busca lograr la OIT con el concepto de trabajo decente, el cual como lo ha señalada la OIT incluye a la declaración de 1998 (Derechos Fundamentales Laborales), y a su vez nos permite relacionarla con la función de la inspección del trabajo, debido a que en un entorno de globalización, cuyos efectos nocivos se agudizaron nace el concepto de trabajo decente, lo que también hace que la inspección de trabajo sea un instrumento para contribuir al logro de lo planteado como concepto de trabajo decente, especialmente en la vertiente del respeto de los derechos y el cumplimiento de la normativa laboral.

3. Trabajo decente en la dimensión de garantía de los derechos de los trabajadores y de la seguridad social

Como ya se indicó, el trabajo decente contempla dentro de sus dimensiones: el respeto de los derechos en el trabajo y la seguridad social. En estas dos dimensiones es donde la función de la inspección de trabajo adquiere notoria presencia dado que su actuación es fundamental para la generación efectiva de trabajo decente, máxime si se contempla que los derechos fundamentales laborales comprendidos en la declaración de 1998 están dentro de estas vertientes.

En lo que concierne a la dimensión de los derechos en el trabajo, se refiere a los derechos fundamentales en el trabajo contenidas en las normas básicas de la OIT, señaladas en la declaración de 1998: La libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio; la abolición del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Derechos que a su vez son base para la construcción y ejercicio de otros derechos.

Del mismo modo en la dimensión de la seguridad, se busca proteger a los trabajadores de los riesgos en los centros de trabajo, brindándoles adecuada cobertura y seguridad social, que permita cubrir eventuales accidentes de trabajo, enfermedades, desocupación o vejez.

La inspección del trabajo tiene un papel fundamental en el control del

cumplimiento de estos derechos, más aún cuando son los derechos fundamentales los que muchas veces se vulneran con mayor frecuencia. Por poner un ejemplo, el derecho de libertad de asociación y libertad sindical, en los diferentes países miembros de la OIT, son constantemente objeto de queja ante la OIT. Corresponde a la inspección de trabajo realizar acciones orientadas a cumplir con su fines conforme a los convenios de la OIT.

No obstante los esfuerzos realizados, vemos que la realidad presenta numerosas dificultades al accionar de la inspección; en tal sentido consideramos necesarios cambios orientados a su mejora, tema que abordaré en el segundo capítulo del presente trabajo.

4. La inspección de trabajo y los tratados de libre comercio (TLC)

En este acápite corresponde abordar los TLC, no podemos dejar de mencionar que estos se dan en un entorno de desarrollo global y de comercio internacional, que condujo a la celebración de diferentes acuerdos comerciales y niveles de integración económica, produciendo de esta forma los Tratados de Libre Comercio.

Para el desarrollo de este punto me centraré en las regulaciones laborales que tienen los TLC. Así podemos indicar que la regulación laboral de los TLC, se configura de pisos mínimos, que bien podríamos señalar, son aquellos derechos fundamentales laborales que la OIT señala en la declaración de 1998⁽¹⁶⁾.

(15) La OIT advirtió la necesidad de hacer algo para evitar cuando menos limitar, los efectos perniciosos generados por la globalización. Es ese pues, el contexto en que surge el concepto de trabajo decente. CORNEJO VARGAS, Carlos. “Surgimiento y concepto del trabajo decente”. En: *Asesoría Laboral*, Lima, octubre, 2009.

(16) “(...) a partir de Singapur los derechos fundamentales en el trabajo tal y como son definidos en la OIT, forman parte sustantiva de todos los Tratados de Libre Comercio (TLC) suscritos o en negociación”. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “La Regulación del trabajo en la Globalización, la integración regional y en los Tratados de Libre Comercio”. En: *Desafíos y perspectivas del Derecho del Trabajo y de los Regímenes de pensiones en el Perú: 1er Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima, 2004.

Dentro de la doctrina existen posiciones a favor y en contra de la inclusión de los derechos laborales en los TLC, no obstante no es materia del presente trabajo por lo que nos basaremos en la posición de que los mismos deben estar incluidos en los TLC y por tanto deben ser respetados, evitando de esta manera el *dumping social*, es así como surgen las cláusulas sobre derechos laborales en los tratados de libre comercio.

En los últimos TLC de Estados Unidos con los países latinoamericanos, incluido el nuestro, ya se contempla un capítulo laboral dentro del TLC (capítulo XVII en el caso peruano), que obliga a las partes respetar, así como también contemplar las sanciones económicas correspondientes en caso de que no se cumplan dichos preceptos.

Los capítulos laborales suelen contemplar lo siguiente:

- Derechos fundamentales y las condiciones de trabajo mínimas.
- Obligación de cumplir con sus normas laborales internas y de no degradar la protección laboral con fines comerciales de atracción de la inversión.
- Mecanismos de solución de controversias
- Fondos de cooperación laboral
- Sanciones monetarias.

A continuación citamos el capítulo laboral (Capítulo Diecisiete), parte más resaltante del TLC entre Perú y Estados Unidos:

Artículo 17.1: Declaración de Compromisos Compartidos

Las Partes reafirman sus obligaciones como miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Artículo 17.2: Derechos laborales fundamentales

1. Cada Parte adoptará y mantendrá en sus leyes y reglamentos, y su correspondiente aplicación, los siguientes derechos, tal como se establecen en la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (1998) (Declaración de la OIT):

(a) La libertad de asociación;

(b) El reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva;

(c) La eliminación de toda forma de trabajo forzoso u obligatorio;

(d) La abolición efectiva del trabajo infantil y, para fines de este Acuerdo, la prohibición de las peores formas de trabajo infantil; y

(e) La eliminación de la discriminación con respecto a empleo y ocupación.

2. Ninguna de las Partes dejará de aplicar o de otra forma dejará sin efecto, ni ofrecerá dejar de aplicar o de otra forma dejar sin efecto, sus leyes o reglamentos que implementan el párrafo 1 de manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes, en los casos en que dejar de aplicar o de otra forma dejar sin efecto dichos instrumentos sería incompatible con un derecho fundamental estipulado en dicho párrafo.

Artículo 17.3: Aplicación de la Legislación Laboral

1. (a) Una Parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación laboral, incluidas las leyes que adopte o mantenga de conformidad con el artículo 17.2.1, por medio de un curso de acción o inacción

sostenido o recurrente, de una manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo.

(b) Una decisión que tome una Parte acerca de la asignación de los recursos para la aplicación no será motivo de incumplimiento de las disposiciones de este Capítulo. Cada Parte conserva el derecho al ejercicio razonable de discrecionalidad y a la adopción de decisiones de buena fe con respecto a la asignación de recursos entre las actividades de aplicación de las leyes laborales con respecto a los derechos laborales fundamentales enumerados en el artículo 17.2.1, siempre que el ejercicio de dicha discrecionalidad y dichas decisiones no sean incompatibles con las disposiciones de este Capítulo.

2. Nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará en el sentido de facultar a las autoridades de una Parte para realizar actividades orientadas al cumplimiento de la legislación laboral en el territorio de la otra Parte.

Se puede apreciar, por tanto, que existe en los TLC la exigencia, en buena cuenta, de cumplimiento de derechos laborales, es aquí donde se engarza con la inspección de trabajo que debe también participar en el control y verificación, así como promoción y prevención de las normas laborales contempladas en los TLC, concretamente en el caso peruano, los indicados en el capítulo laboral XVII señalado. Para ello evidentemente se requiere un sistema inspectivo que funcione a la par del desarrollo económico y de la creación de nuevas formas de relaciones laborales que trascienden el ámbito nacional, retos que consideramos que la inspección de trabajo debe contemplar para hacerles frente y superarlos.

5. Problemática de la inspección de trabajo en el Perú

Abordaré en el presente ítem los problemas más resaltantes, que aquejan la función inspectiva, basado en la doctrina y la experiencia propia, considerando la finalidad de la inspección, así como los convenios OIT y el concepto de trabajo decente, desarrollados en capítulo precedente, asimismo, considerando que la inspección está inmersa en una dinámica de cambio de las relaciones laborales en un mundo en transformación⁽¹⁷⁾; luego se planteará algunas alternativas de solución.

Principales problemas que afronta la inspección del trabajo

a. Problema de organización:

La organización actual del sistema inspectivo nos muestra falencias en su estructura tal es así que **su administración está a cargo de dos organismos al mismo tiempo**⁽¹⁸⁾: en Lima Metropolitana el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y en provincias, los gobiernos regionales y sus respectivas zonales, lo cual genera deficiencias e inseguridad jurídica producto de la aplicación de criterios diferentes y de la falta de una única unidad de acción. Hecho que aleja a la inspección del control, la asistencia técnica, la prevención de conflictos, fines que debe cumplir conforme lo señala el Convenio N° 81⁽¹⁹⁾ OIT y la razón de ser del sistema inspectivo, como un instrumento de control del Estado.

La forma organizativa y normativa actual de la inspección del trabajo **no permite que esta llegue a la totalidad de trabajadores**, ni a gran porcentaje de ellos, dado que su accionar está basado principalmente en las denuncias, las cuales pocas veces se dan aun cuando existe incumplimientos, por temor a las represalias.

Ante este hecho y a nivel legislativo debería modificarse la Ley de

Bases de Descentralización (Ley N° 27783), incorporando a la inspección de trabajo dentro de las competencias exclusivas del Gobierno Central, asimismo modificarse la Ley N° 28806 en su artículo 19.

Se debe modificar también la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, derogando la parte pertinente a las funciones específicas de los gobiernos regionales en materia de control y supervisión, control e inspección de las normas de trabajo, establecida en el artículo 48 inciso F) de dicha Ley.

b. Problemática de Recursos Humanos:

Muchas zonas de nuestro país (incluida Lima) **no cuentan con número suficiente de inspectores de trabajo**, como establecen los estándares y estudios de la OIT (1 inspector por 10,000 trabajadores, 1 por 20,000 y 1 por 40,000, en economías desarrolladas, de transición, menos desarrollada)⁽²⁰⁾, así en zonas donde se ubican grandes compañías extractoras de minerales o petróleo cuentan con muy pocos inspectores.

En el caso de Lima es pertinente señalar que no todos los inspectores que tienen tal cargo realizan actividad de campo, por disposiciones internas y en otros casos por temas de índole personal como la salud, se abocan a labores administrativas. Se

suma también a este grupo la labor de los Inspectores Supervisores que tampoco realizan trabajo de campo aun cuando la ley lo faculte, salvo de manera excepcional, con lo cual la capacidad operativa de la inspección se reduce aún más.

Se tiene que el personal inspectivo está contratado bajo diferentes leyes, así se puede encontrar algunos bajo el Decreto Legislativo (D.L) N° 728, otros bajo D.L. N° 276, y también bajo la modalidad de CAS, **modalidades que no ofrecen ni dan la garantía de estabilidad laboral** que señala el Convenio 81 de la OIT. No pudiéndose además de lo ya manifestado desarrollar una adecuada línea de carrera dentro del sistema inspectivo.

Así también el tema remunerativo es otro punto débil que afecta al personal inspectivo, debido a que a nivel de las entidades fiscalizadoras, caso Sunat o contraloría existe una diferencia marcada.

c. Problemática de infraestructura:

La realidad ofrece que **no existe adecuada infraestructura**. En Lima Metropolitana no existe la cantidad suficiente de salas de comparecencia, ni logística (computadoras, fotocopiadoras, impresoras), etc. A nivel de Gobiernos Regionales la infraestructura es muy reducida y sin los implementos necesarios para un

(17) Las transformaciones que se han producido en el mundo del trabajo como consecuencia de las reformas legislativas o de los cambios introducidos en las prácticas empresariales y de empleo han obligado a los inspectores a adaptarse a fin de preservar la pertinencia y eficacia de su labor. Las nuevas tecnologías están creando nuevos tipos de trabajo, lo que hace cada vez más difícil el control de las condiciones de trabajo por medio de los métodos tradicionales de la inspección. Se requieren nuevas competencias de inspección y estrategias de prevención para responder a la creciente complejidad de los procesos industriales, a los problemas de SST, así como a las nuevas enfermedades y tensiones físicas y mentales. Conferencia Internacional del Trabajo 100. Reunión 2011. OIT.

(18) "La estructura de la Inspección del Trabajo está integrada por la Autoridad Central del Sistema de Inspección y por Inspecciones Regionales de Trabajo, que dependerán técnicamente de dicha Autoridad Central en materia de inspección del trabajo y, orgánicamente, del órgano de la Administración Pública que ostente la competencia en las materias sociolaborales sobre las que actúen". Artículo 19, Ley N° 28806 (Estructura orgánica).

(19) La inspección del trabajo deberá estar bajo la vigilancia y control de una autoridad central siempre y cuando sea compatible con la práctica administrativa del país. En Convenio 81 OIT.

(20) WEIL, David. "Un planteamiento estratégico de la inspección del trabajo". En: *Revista internacional del trabajo*. Vol. 127 (2008), N° 4, Ginebra, OIT, p. 391.

adecuado trabajo; realidad que colisiona con lo establecido en el Convenio 81 OIT⁽²¹⁾. Asimismo no se cuenta con los medios de transporte idóneos y en número suficiente. Así en inspecciones a nivel de regiones o lugares de intrincado acceso –sea en la sierra o selva– la labor inspectiva se hace más difícil y limitada por la propia falta de recursos logísticos⁽²²⁾.

La Exposición de motivos del Proyecto de Ley (N° 538-2011-PE) de creación de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral de Inspecciones de fecha 23/11/2011 indica: “que en las Direcciones o Gerencias Regionales en relación a la capacidad operativa inspectiva y a los bienes necesarios para tal fin resultan insuficientes, desproporcionados e inconclusos, desviados y aplazados”. Señala además que:

25% de las direcciones regionales y jefaturas zonales no cuentan con locales propios.

51% de las direcciones regionales y jefaturas zonales no cuentan con ambientes para la comparecencia.

Otros problemas que la Inspección del trabajo afronta

Por otra parte **la inspección laboral hace frente a diversos factores limitantes**, sean de carácter económico, social, geográfico, así como la presión política, los sindicatos y la gran informalidad, también influyen en la inspección. Cabe resaltar que frente a estos problemas la actual forma organizativa no hace frente de manera eficaz, traduciéndose en la dificultad de la detección de infracciones y no cumplimiento cabal de los objetivos de la inspección del trabajo y generándose en algunos casos la sensación de que los costos de incumplimiento resultan más bajos que la formalidad o las sanciones impuestas.

A nivel económico también la inspección de trabajo tiene dificultades, al tener un presupuesto muy exiguo,

en tanto que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo para el presente ejercicio está considerado con el porcentaje más bajo de todos los demás ministerios, lo que repercute en el accionar de sus direcciones y por tanto de la inspección de trabajo.

También destaco como problema el que se señala en los Lineamientos De Política Socio Laboral de los Sectores Trabajo y Promoción del Empleo de 2011-2015, tiene que ver con el hecho de “que faltan estadísticas oficiales sobre condiciones laborales. Esto no quiere decir que no se hayan realizado estudios para estos temas sino que dichos estudios son para determinados sectores”.

Otro aspecto de importancia es la falta de colaboración entre organismos del Estado, así en caso de fiscalización tanto de normas sociolaborales y de seguridad y salud como derechos fundamentales en el trabajo, las acciones deben ser multisectoriales. Por mencionar un ejemplo, en el caso del trabajo infantil se requiere una participación en conjunto con otras entidades como el Ministerio Público, la Policía Nacional, etc.; pero de manera sostenida en el tiempo.

Al respecto la Comisión de Expertos en su Estudio General de 2006 (párrafo 152), sobre la inspección de trabajo, señala: “En todos los casos es importante que la autoridad competente adopte medidas para favorecer la cooperación entre las estructuras. Los intercambios de información acerca de los métodos de inspección y los resultados obtenidos evitan mucha pérdida de tiempo. La racionalización y la explotación común de algunos medios materiales y logísticos

podrían paliar parcialmente en números países en desarrollo la insuficiencia crónica de recurso (...)”.

La informalidad, sin duda, también tiene un impacto negativo en la inspección del trabajo, al cual se debe combatir de forma estratégica; este tema sin duda ameritaría todo un desarrollo que al no ser el objeto central de la presente investigación, dejaré pendiente.

El procedimiento sancionador en las regiones del país, presenta debilidad, máxime cuando existe la dicotomía de llevar las actuaciones inspectivas en caso de agregaciones temporales por inspectores de la Dirección Nacional y el procedimiento sancionador siempre en las Direcciones Regionales.

Incido en la deficiencia para disuadir a empleadores infractores sancionados por la autoridad administrativa de trabajo, por cuanto las multas en muchos casos son muy bajas, y tiene topes, a mayor abundamiento las sanciones de otras entidades como Osinerg, Sunat, etc., son mucho mayores. Este problema se complementa con el tema de una cobranza coercitiva ineficaz y adormecida en Lima y las Regiones del país.

Alternativa para el eficiente cumplimiento de los objetivos de la inspección del trabajo

Corresponde señalar que un aspecto que debe mejorar es el fortalecimiento del sistema de inspección del trabajo, estableciendo una adecuada organización, o una nueva forma organizativa que permita un mejor aprovechamiento de sus recursos,

(21) Artículo 11. 1. La autoridad competente deberá adoptar las medidas necesarias para proporcionar a los inspectores del trabajo:

a) oficinas locales debidamente equipadas, habida cuenta de las necesidades del servicio, y accesibles a todas las personas interesadas.

(22) Artículo 11. 1. La autoridad competente deberá adoptar las medidas necesarias para proporcionar a los inspectores del trabajo:

b) los medios de transporte necesarios para el desempeño de sus funciones, en caso de que no existan medios públicos apropiados.

acompañada de una planificación estratégica de la misma. Este debe ser un tema de fondo que permita lograr una mejor eficiencia del sistema inspectivo; uno de los factores o consecuencia de ello debe ser orientarse a una unidad de criterio a nivel nacional para hacer frente a los incumplimientos de los derechos laborales y en especial los fundamentales. En otras palabras a través de una nueva forma organizativa, una entidad autónoma económica administrativa y funcionalmente, vencer o superar los diversos factores limitantes, sean de carácter económico, social, geográfico, político, etc. La reciente creación de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral - Sunafil, mediante Ley N° 29981 publicada en el diario oficial *El Peruano* con fecha 15 de enero de 2013, podría y debería configurarse en la entidad que materialice la mejora que busca el sistema de inspección y haga frente a los problemas descritos líneas arriba.

En correlato con lo planteado por la OIT se debe implementar una adecuada infraestructura a nivel nacional, y con ello me refiero a llevar la protección de los derechos a los lugares más recónditos del país donde exista una relación de trabajo, con lo que la inspección llegará a todos los ciudadanos, evidentemente esto implica el incremento del número de inspectores y el establecimiento de una adecuada infraestructura.

Evidentemente estos esfuerzos permitirán contribuir a la función global que hoy tiene la OIT⁽²³⁾ y al desarrollo del trabajo decente en un entorno de problemas derivados del dinamismo económico, la globalización y los TLC.

Conclusiones

- Vista la problemática podemos concluir que el actual sistema organizativo y normativo de la inspección del trabajo presenta dificultades para lograr los objetivos

de la inspección laboral en el marco de los convenios internacionales así, el control del cumplimiento de las normas laborales; orientación y asistencia técnica a los trabajadores, empleadores sobre la manera efectiva de cumplir las disposiciones legales; y también como la prevención y su contribución al mejoramiento de la legislación. La inspección del trabajo no cuenta con adecuada infraestructura a nivel de Lima Metropolitana y regiones, el régimen de contratación de los inspectores no es el más idóneo, no se aprovecha la capacidad operativa en su totalidad, presenta debilidades en la promoción de la formalidad, etc., esto obedece a factores diversos relacionados con la gestión y también con el tema presupuestario.

- En tal sentido se requiere reformular la organización de la inspección, lo cual implica una institución de carácter único y dotada de autonomía: funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa, que permita un desarrollo más adecuado de la inspección del trabajo tanto para los administrados como para quienes son parte o se encuentran vinculados al sistema inspectivo. Esta es una alternativa para el adecuado cumplimiento de las normas laborales a nivel de las diferentes regiones del Perú, en concordancia con las disposiciones previstas en los convenios OIT y dentro del concepto de trabajo decente que impulsa la OIT, así como dentro del marco legal y constitucional del Estado peruano. La reciente creación de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral - Sunafil, mediante

Ley N° 29981, podría y debería configurarse en la alternativa idónea para la mejora del sistema de inspección.

- La OIT señala que: “La Inspección de trabajo es un sistema vivo adecuado al mundo cambiante del trabajo e ineludible para conseguir la aplicación de la ley”, por lo que es importante que se den los cambios necesarios a efectos de atender los problemas laborales en un entorno globalizado y de gran dinamismo económico con nuevas formas de producción y fenómenos productivos en los cuales se hace más urgente el respeto y control de los derechos fundamentales del trabajo, así como la prevención de los conflictos.
- En cuanto a recursos humanos, los inspectores deben ser funcionarios públicos y como señala el Convenio OIT N° 81 tienen o deben tener estabilidad en el empleo, garantizada e independiente de los cambios de gobierno y de cualquier influencia exterior indebida, su contratación debe ser por sus aptitudes y a quienes se debe brindar formación adecuada para el desempeño de sus funciones. Ya hemos visto en el desarrollo del presente trabajo que el número de inspectores está por debajo de los estándares, en tal sentido se debe lograr un número suficiente para garantizar el desempeño efectivo de sus funciones.
- También es importante destacar la necesidad de mejorar el marco legislativo, la derogación o modificación de la Ley de Bases de descentralización (Ley N° 27783),

(23) Desde su creación la OIT ha propugnado, mediante su actividad normativa el mejoramiento de las condiciones de trabajo, dando así cumplimiento al mandato establecido en su Constitución. HERNÁNDEZ PULIDO, J. Ricardo. “Normas internacionales del trabajo y trabajo decente: el impacto de las normas internacionales del trabajo sobre el desarrollo económico y social sostenible”. En: *Les normes internationales du travail. Un patrimoine pour l'avenir*. OIT, Geneve, 2004.

incorporando a la inspección de trabajo dentro de las competencias exclusivas del Gobierno Nacional. Asimismo debe modificarse la Ley N° 28806 en su artículo 19. Y modificar también la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, derogando la parte pertinente a las funciones específicas de los Gobiernos Regionales en materia de control y supervisión, control e inspección de las normas de trabajo, establecida en el artículo 48 inciso F) de dicha Ley, en tanto que una autoridad central permitirá a mi modo de ver, por cierto; que se uniformice (o cuando menos se oriente a ello) los criterios frente a determinadas materias revisadas por la inspección del trabajo, en el ámbito nacional, creando precedentes administrativos, que brinden seguridad jurídica al administrado.

- Es importante fortalecer la cooperación interinstitucional, orientar la acción inspectiva a una de carácter multisectorial que implique una mayor eficacia y la mejor utilización de los recursos, por cuanto se evita la pérdida de tiempo por una parte y también permite abordar el problema desde diferentes aristas, con mayor énfasis en temas de seguridad y salud en el trabajo y en materia de derechos fundamentales.
- Hay debilidad para disuadir a empleadores infractores sancionados por la autoridad administrativa de trabajo lo cual también está relacionado con el hecho de no reducir la informalidad. Por cuanto las multas en muchos casos son muy bajas y existen toques en las escalas de multas, esto hace que muchas empresas prefieran afrontar el pago de una multa y seguir con los incumplimientos. Por tanto, hace falta concordar las infracciones o adecuarlas en función de lo que se busca (la disuasión o corrección

de un accionar infractor de las normas laborales), considerando la justa medida que permita lograr a la inspección este propósito. En esta misma línea considero necesario también mejorar el sistema de cobranza coactiva a nivel de las regiones del país entero.

Bibliografía

- ALVARADO MAYRENA, José. *Administración Gubernamental*. Vol. III, Grijley Lima, Perú, 2007.
- BARBAGELATA, Héctor Hugo. *Formación y Legislación del Trabajo*, Oficina Internacional de la OIT 2ª edición impreso en Uruguay, 2003.
- BLACO PELLICER, Ángel y GARCÍA RUBIO, María. *Curso de Derecho Administrativo Laboral Normativa*. Editorial Tirat lo Blanc.
- BONET PÉREZ, Jordi. *Mundialización y régimen jurídico internacional del trabajo. La Organización Internacional de Trabajo como referente Jurídico Político Universal*. Atelier, Barcelona, 2007.
- BOZA PRO, Guillermo. *La Inspección Laboral como mecanismo de protección de la libertad sindical en el Perú*.
- CASTILLO, Santiago. *Estado y relaciones de trabajo en la Europa del siglo XX*. Grupo Editorial Cinca S.A., Madrid, 2007.
- CIUDAD REYNAUD, Adolfo. "Un nuevo modelo de la inspección del trabajo en el Perú". En: *Tercer Congreso Nacional de La Sociedad Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Chiclayo, 2008.
- Comentarios a la Ley General de Inspección del Trabajo. Gaceta Jurídica, junio, 2008.
- Convenio OIT N° 81, sobre la inspección del trabajo, 1947. Convenio relativo a la inspección del trabajo en la industria y el comercio.
- Decreto Legislativo N° 910.
- Decreto Supremo N° 019-2006-TR, Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo.
- Decreto Supremo N° 019-2007-TR, Modificación al Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo.
- Derecho Administrativo contemporáneo, Ponencias del II congreso de Derecho Administrativo. Lima, 2006.
- DÍAZ MAX, Louis. Organización y funcionamiento de los servicios de inspección de trabajo en América Latina.
- GRACIA GRANARA, Fernando. "Alcances y límites de la inspección del Trabajo. Los Criterios para el ejercicio de las facultades de la inspección del trabajo en el Perú". En: *Tercer Congreso Nacional de la Sociedad Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Chiclayo, 2008.
- Informe anual de la inspección del Trabajo en el Perú año 2007. Dirección Nacional de Inspección del Trabajo, Lima Perú, octubre, 2008.
- Informe del Director General de la OIT, Organizarse en pos de la justicia social; informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, 92ª reunión 2004, Oficina Internacional del Trabajo Ginebra.
- Inspección del Trabajo, AELE SAC. Lima, Perú, 2008.

- Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo.
- Libro de ponencias del III Congreso Nacional de La Sociedad Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Chiclayo, 2008.
- Libro del Primer Congreso Internacional “Inspección del trabajo para el siglo XXI”. Santiago de Chile, 2009.
- MALDONADO MUJICA, Enrique. *Derechos Laborales y Acuerdos de Libre Comercio*. Lima, marzo, 2008.
- MASTROPASQUA, Rafael. La Inspección de trabajo en la República de Argentina, en Inspección del Trabajo para el Siglo XXI, Santiago de Chile, 2010.
- MERCADER UGINA, Jesús. *Derecho administrativo Laboral*. Guada Impresores, Valencia, 2004.
- NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Fondo Editorial PUCP, Lima, Perú, 2009.
- Recomendación OIT N° 198 sobre Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006.
- RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. *Derecho del Trabajo Teoría General I*. Grijley, Lima, Perú, 2007.
- SOMAVÍA, Juan. Trabajo Decente, Memoria del Director General, OIT, 1999.
- UGARTE CATALDO, José Luis. “La inspección del trabajo en Chile. Vicisitudes y desafíos”. En: *Revista latinoamericana de Derecho Social*. Núm. 6, enero-junio de 2008, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- ULLOA MILLARES, Daniel. “La Inspección Laboral en Lima: Sugerencias para su mejoría”. En: *Tercer Congreso Nacional de la Sociedad Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Chiclayo, 2008.
- VEGA RUIZ, María Luz. *La Reforma Laboral en América Latina: 15 años después*. Oficina Internacional del Trabajo, OIT, Lima, 2006.
- VERA, Jatoba. *Inspección del trabajo en el marco de la modernización de la administración del trabajo*. Oficina regional para América Latina y el Caribe Proyecto CIMA OIT, Chile, 2002.
- WEIL, David. *Un Planteamiento Estratégico de la Inspección del Trabajo*. Organización Internacional de Trabajo, 2008.
- Reglamento de la Ley de Carrera del Inspector del Trabajo. Decreto Supremo N° 021-2007-TR.
- Lineamientos de Política Socio-laboral de los Sectores Trabajo y Promoción del Empleo de 2011-2015.
- Materiales del Curso de Administración e Inspección del Trabajo de la Maestría de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, PUPC 2011.