



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05652-2007-PA/TC
LIMA
ROSA BETHZABÉ GAMBINI VIDAL

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de noviembre de 2008, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Rosa Bethzabé Gambini Vidal contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 183, su fecha 11 de junio de 2007, que declara fundada la excepción de caducidad e improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 13 de octubre de 2004 la recurrente interpone demanda de amparo contra la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana (SBLM) y el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES), solicitando que se deje sin efecto el despido discriminatorio del que habría sido objeto; y que en consecuencia se ordene su reposición en su puesto de trabajo, con el abono de las remuneraciones dejadas de percibir. Manifiesta haber ingresado a laborar en la SBLM como apoderada judicial de la Oficina de Asesoría Jurídica mediante contratos de servicios no personales, desde el 1 de diciembre de 2001 hasta el 24 de mayo de 2004, por lo que al haber acumulado más de 1 año de servicios ininterrumpidos le resulta aplicable la Ley N.º 24041. Alega que ha sido objeto de despido discriminatorio por razón de sexo, debido a que se encuentra embarazada; hecho éste que había comunicado a la SBLM.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social contesta la demanda manifestando que la demandante no ha sido despedida discriminatoriamente, sino que con fecha 30 de junio de 2004 venció el plazo de duración de su contrato de servicios no personales; razón por la cual su relación se extinguió. Agrega que la Ley N.º 24041 no es aplicable a la demandante, porque no ingresó a la carrera administrativa mediante concurso público conforme lo establece el Decreto Legislativo N.º 276.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana propone las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa y de prescripción, y contesta la demanda señalando que no conocía la situación de embarazo de la demandante. Agrega que la demandante fue contratada mediante contratos de servicios no personales, por lo que no le es aplicable la Ley N.º 24041.

El Quincuagésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declaró infundadas las excepciones propuestas y fundada en parte la demanda, en el extremo que solicita la reposición de la demandante, por considerar que en autos se encuentra acreditado que ésta fue contratada para realizar labores de naturaleza permanente por más de un año ininterrumpido, resultando de aplicación el Art. 1 de la Ley N.º 24041; e infundada en el extremo que solicita el pago de las remuneraciones dejadas de percibir.

La recurrida, revocando la apelada, declaró fundada la excepción de caducidad e improcedente la demanda, por estimar que la demandante interpuso la demanda cuando el plazo establecido en el Art. 44 del Código Procesal Constitucional había transcurrido en exceso.

FUNDAMENTOS

1. Procedencia de la demanda

1. Antes de ingresar al fondo de la controversia, es preciso determinar si la demanda fue interpuesta dentro del plazo establecido en el Art. 44 del Código Procesal Constitucional (CPConst.), debido a que en el inciso 10) del Art. 5 se establece que no proceden los procesos constitucionales cuando “[h]a vencido el plazo para interponer la demanda, con excepción del proceso de hábeas corpus”.
2. Sobre el particular debe tenerse presente que el supuesto despido de la demandante se ejecutó el 21 de mayo de 2004, es decir, que a partir de dicha fecha se debe comenzar a computar el plazo de prescripción para interponer la presente demanda. Debe señalarse que el cómputo del plazo de prescripción se suspendió el 17 de junio y desde el 14 de julio hasta el 10 de setiembre de 2004, por la huelga de los trabajadores del Poder Judicial. Siendo ello así, a la fecha de interposición de la presente demanda, esto es, al 13 de octubre de 2004, no había transcurrido en exceso el plazo de prescripción previsto en el Art. 44 del CPConst., por lo que la excepción de prescripción propuesta deviene en infundada.
3. De otra parte es necesario establecer cuál es el régimen laboral al cual habría estado sujeta la demandante, a efectos de poder determinar la competencia de este Tribunal para conocer la controversia planteada. Al respecto, cabe señalar que de los alegatos de las partes y de las pruebas obrantes en autos, queda demostrado que la recurrente ingresó en la SBLM cuando ya se encontraba vigente la Tercera Disposición Transitoria y Complementaria de la Ley N.º 26918, que estipula que los trabajadores de las Sociedades de Beneficencia Pública están sujetos al régimen laboral de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

actividad privada; razón por la cual a la demandante no le es aplicable la Ley N.º 24041.

4. Sin embargo, en aplicación del principio *iura novit curia*, establecido en el Art. VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el Tribunal tiene el deber de identificar la norma jurídica que sirve de fundamento a la pretensión solicitada, aun cuando ésta no se encuentre expresamente invocada en la demanda. En efecto, corresponde a este Tribunal subsanar el error de derecho cometido por la demandante en el extremo que pretende su reposición en aplicación de la Ley N.º 24041, ya que estuvo sujeta al régimen laboral de la actividad privada.

1.1. Delimitación del petitorio y de las materias controvertidas

5. La demandante pretende que se ordene su reposición en el puesto de trabajo que venía desempeñando por cuanto ha sido objeto de un despido discriminatorio por razón de sexo. Alega que la SBLM ha utilizado la terminación del plazo del contrato para encubrir un despido discriminatorio por razones de género y cuya verdadera razón es el hecho de estar embarazada, lo cual vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo reconocido en el Art. 2, inciso 2) de la Constitución.

Asimismo argumenta que los contratos civiles suscritos con la SBLM encubrían, en realidad, una relación laboral caracterizada por la subordinación y dependencia con la que ha prestado sus labores, por lo que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, concluye en que la relación que mantuvo con la SBLM se convirtió en una relación laboral de naturaleza indeterminada.

6. Por su parte la SBLM manifiesta que la demandante ingresó a prestar servicios mediante contratos de servicios no personales, por lo que no ha podido ser despedida discriminatoriamente. Asimismo refiere que desconocía que la demandante estaba embarazada y que la extinción de la relación se produjo en forma automática al haberse cumplido el plazo de duración del último contrato.
7. Teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos por las partes y en atención a los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo relativas a materia laboral individual privada, establecidos en los fundamentos 7 a 20 de la STC N.º 0206-2005-PA/TC, que constituyen precedente vinculante, este Tribunal considera que, en el presente caso, corresponde evaluar si la demandante ha sido objeto de un despido discriminatorio por razón de sexo.
8. Debe precisarse al respecto que el pronunciamiento que se vertirá en primer lugar, se circunscribirá en determinar qué tipo de relación hubo entre la demandante y la SBLM, esto es, si hubo una relación laboral encubierta o una verdadera relación civil, para efectos de aplicar el principio de primacía de la realidad y, a partir de allí, considerar los contratos civiles como contratos de trabajo de duración indeterminada. En segundo lugar, si se determina que entre las partes hubo una



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



relación laboral, corresponderá analizar si la demandante ha sido objeto de un despido discriminatorio por razón de sexo al encontrarse embarazada, ya que sólo podía ser despedida por causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral.

9. Pues bien, teniendo presente que la cuestión que se plantea en el presente proceso de amparo consiste en determinar la existencia de un despido discriminatorio por razón de sexo, motivado por el embarazo y consiguiente maternidad de la recurrente, este Tribunal Constitucional considera necesario abordar las siguientes materias:

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

La discriminación contra la mujer es un fenómeno social que aún pervive en las sociedades, lo cual genera una vulneración del derecho a la igualdad sin sufrir discriminación por ninguna razón, motivo o circunstancia. En lo que al caso incumbe cabe enfatizar que la discriminación basada en el sexo constituye una forma de violencia contra la mujer que vulnera el derecho a la integridad; y que, sin duda, la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer es un asunto de trascendencia social así como una obligación internacional del Estado.

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

10. La igualdad de derechos de hombres y mujeres es un principio de las Naciones Unidas. Así, en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas se establece, entre los objetivos básicos, el de “reafirmar 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 el Art. 1 de la Carta se proclama que uno de los propósitos de las Naciones Unidas es realizar la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del 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”.
11. Sobre la base de la igualdad de derechos de todo ser humano y del principio de dignidad, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su Art. 2, proclama que toda persona podrá gozar de los derechos humanos y las libertades fundamentales “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”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

12. De manera similar, el Art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el Art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Art. 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.
13. De este modo, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos existe una cláusula general de igualdad de derechos de hombres y mujeres, y una cláusula que contiene la prohibición de una serie de motivos concretos de discriminación lo que constituye una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado a grupos de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona humana.
14. Estos principios generales, basados tanto en la costumbre como en los tratados internacionales, 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. A la luz de este ordenamiento supranacional, este Tribunal Constitucional puede afirmar que la igualdad de los hombres y de las mujeres, así como la prohibición de discriminación contra la mujer, son normas imperativas del Derecho Internacional (*Ius Cogens*) que no admiten disposición en contrario, de acuerdo con el Art. 53 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969.

2.1. La igualdad y la obligación de no discriminación

15. La obligación de no discriminación se encuentra prevista de manera expresa en el Art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Art. 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
16. La obligación de no discriminación no debe confundirse con el derecho de toda persona a ser tratada igual ante la ley, tanto en la formación de la norma como en su interpretación o aplicación.

Las Naciones Unidas han definido la discriminación como toda “distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”¹.

A su vez, el derecho a ser tratado igual ante la ley, consiste en evitar que a una persona se le limite cualquier otro de sus derechos, por los motivos antes mencionados o por otros, de manera injustificada, mientras que el derecho a la igualdad en la aplicación o interpretación de la ley implica que un mismo órgano (jurisdiccional o administrativo) no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, a menos que considere que debe apartarse de sus precedentes, para lo cual debe ofrecer una fundamentación suficiente y razonable que lo justifique.

17. La igualdad, en tanto principio, es uno de los pilares del orden constitucional que permite la convivencia armónica en sociedad y es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos y de los particulares. En tanto derecho implica una exigencia de ser tratado de igual modo respecto a quienes se encuentran en una idéntica situación, debido a que los derechos a la igualdad y a la no discriminación se desprenden de la dignidad y naturaleza de la persona humana.
18. Cabe destacar que la no discriminación y la igualdad de trato son complementarias, siendo el reconocimiento de la igualdad el fundamento para que no haya un trato discriminatorio. De esta forma, la igualdad de las personas incluye: (i) el principio de no discriminación, mediante el cual se prohíbe diferencias que no se pueda justificar con criterios razonables y objetivos; y (ii) el principio de protección, que se satisface mediante acciones especiales dirigidas a la consecución de la igualdad real o positiva.
19. Sin embargo, tanto la prohibición de discriminación como el derecho a la igualdad ante la ley pueden implicar tratos diferenciados, siempre que posean justificación objetiva y razonable, es decir, que el tratamiento desigual no conduzca a un resultado injusto, irrazonable o arbitrario. 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 sólo aquella que no está razonablemente justificada.
20. Teniendo en cuenta lo señalado, puede concluirse que no todo trato desigual ante la ley es una discriminación constitucionalmente prohibida, puesto que no basta con que la norma establezca una desigualdad, sino que ésta no debe ser justificada objetivamente. En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio,

¹ Comité de Derechos Humanos de la ONU. Observación General N° 18: No discriminación, párrafo 7.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”².

21. En conclusión, la prohibición de discriminación es una obligación general de los Estados en materia de derechos humanos, que les impide privar el goce o el ejercicio de los derechos humanos a personas que se encuentren sujetas a su jurisdicción, ya sea por motivos de origen, sexo, raza, color, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole.

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

22. La protección de la igualdad de derechos de la mujer ha sido ampliada y reforzada con la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (DEDM), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDM) y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (PFCEDM), porque a pesar de la existencia de otros instrumentos internacionales que favorecen la igualdad de derechos, las mujeres siguen siendo discriminadas en todas las sociedades.

23. Según el Art. 1 de la CEDM 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”.

24. Para el caso que nos ocupa, esta Convención reafirma que la discriminación contra la mujer comprende toda distinción de trato por razón de sexo que: (i) con intención o sin ella sea desfavorable para la mujer; (ii) sea un obstáculo para que la sociedad en su conjunto reconozca los derechos humanos de la mujer en la esfera pública y en la esfera privada; o (iii) sea un obstáculo para que las mujeres gocen y ejerzan plenamente todos sus derechos humanos.

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

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984. Serie A, N.º 4, párr. 56.



26. De otra parte conviene destacar que en el Art. 4 de la CEDM se reconoce que la igualdad jurídica de la mujer no garantiza automáticamente su trato en igualdad de condiciones, por lo que para acelerar la igualdad real de la mujer en la sociedad y en el lugar de trabajo, los Estados pueden aplicar medidas positivas de carácter correctivo mientras persistan las desigualdades.
27. En el caso de las mujeres las acciones positivas constituyen medidas (normas jurídicas, políticas, planes, programas y prácticas) que permiten compensar las desventajas históricas y sociales que impiden a las mujeres y a los hombres actuar en igualdad de condiciones y tener las mismas oportunidades, es decir, que tienen la finalidad de conseguir una mayor igualdad social sustantiva. En tal línea, el Tribunal Constitucional, en la STC N.º 0001/0003-2003-AI/TC, ha destacado que es deber del Estado ser el promotor de la igualdad sustancial entre los individuos mediante “acciones positivas” o “de discriminación inversa”.
28. En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que ciertas desigualdades de hecho “legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia”. Ello debido a que “pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles”³.
29. Por lo tanto, la prohibición internacional de discriminación basada en el sexo busca promover la igualdad real de las mujeres. Acorde con este propósito, el Estado peruano ha asumido la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para aplicar el principio de la igualdad entre el hombre y la mujer o para remover los obstáculos que impiden el ejercicio pleno del derecho a la igualdad; de dar a las mujeres oportunidades de entablar acciones y pedir protección frente a la discriminación; de tomar las medidas necesarias para eliminar la discriminación tanto en la esfera pública como en el ámbito privado; y de adoptar medidas de acción positiva para acelerar la igualdad de hecho entre el hombre y la mujer.

3.1. Los derechos humanos de la mujer

30. Cuando se utiliza la expresión “derechos humanos de la mujer” se está haciendo referencia, de forma enunciativa, a los derechos humanos reconocidos expresamente en los instrumentos internacionales que tratan específicamente los derechos asociados con la condición de mujer, los cuales no excluyen el goce y el ejercicio de los demás derechos humanos reconocidos en la Constitución Política.
31. Con este reconocimiento específico de derechos humanos se procura eliminar la discriminación contra la mujer en la vida económica, social, política y pública de los países. Entre ellos cabe destacar algunos derechos humanos reconocidos a las mujeres en el CEDM. Así se tiene:

³ *Ibidem*.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- a. El derecho a votar en todas las elecciones y referéndums públicos y ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas (Art. 7.a).
- b. El derecho a participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales (Art. 7.b).
- c. El derecho a participar en organizaciones y asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política del país (Art. 7.c).
- d. La igualdad de condiciones para representar a su gobierno en el plano internacional y para participar en la labor de las organizaciones internacionales (Art. 8).
- e. La igualdad de derechos que los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad (Art. 9.1).
- f. La igualdad de derechos que los hombres en la esfera de la educación (Art. 10).
- g. Los derechos al trabajo, a las mismas oportunidades de empleo, a elegir libremente profesión y empleo, al ascenso, a la estabilidad en el empleo, a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, a la formación profesional, al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico, a la igual remuneración, inclusive prestaciones, y a la igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a la igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo (Art. 11.1. a, b, c y d).
- h. Los derechos a la protección de la salud, a la seguridad en las condiciones de trabajo, a la seguridad social y a las vacaciones pagadas (Art. 11.1. e y f).
- i. Los derechos a prestaciones familiares, a obtener préstamos bancarios, hipotecas y otras formas de crédito financiero y a participar en actividades de esparcimiento, deportes y en todos los aspectos de la vida (Art. 13).
- j. El derecho a una idéntica capacidad jurídica en materias civiles (Art. 15.2).
- k. El derecho al igual acceso a los recursos judiciales, que comprende el trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes y los tribunales (Art. 15.2).
- l. El derecho a circular libremente y la libertad para elegir su residencia y domicilio (Art. 15.4).
- m. El derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento (Art. 16.a y b).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- n. Los mismos derechos y responsabilidades que los hombres durante el matrimonio y con ocasión de su disolución y como progenitores, cualquiera que sea su estado civil (Art. 16.c y d).
- o. Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos (Art. 16.e).

3.2. Las obligaciones del Estado para eliminar la discriminación contra la mujer

32. Según el Art. 2 de la CEDM, los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

- a. Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio.
- b. Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer.
- c. Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.
- d. Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación.
- e. Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas.
- f. Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer.
- g. Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

33. Entre las medidas que el Estado peruano ha adoptado para eliminar la discriminación, tanto en la esfera pública como en el ámbito privado, cabe destacar las siguientes:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- a. La Ley N.º 27270, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 29 de mayo de 2000, que incorpora el Capítulo IV al Título XIV-A del Código Penal, y que tipifica en el Art. 323 a la discriminación como delito. Asimismo, la ley referida modificó la Ley N.º 27270, estableciendo que las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa “no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato”.
- b. La Ley N.º 27387, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 29 de diciembre de 2000, que modificó el Art. 116 de la Ley N.º 26859, Orgánica de Elecciones, que establecía por primera vez un sistema de cuotas del 25% de candidatas mujeres como mínimo, incrementándola a 30%.
- c. La Ley N.º 27680, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 7 de marzo de 2002, que reforma el Capítulo XIV del Título IV de la Constitución Política para incluir en las normas sobre las Elecciones Regionales y Municipales una cuota especial de representación por género.
- d. La Ley N.º 27683, de Elecciones Regionales, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 25 de marzo de 2002, que establece que las listas de candidatos deben estar conformadas por no menos de un 30% de hombres o mujeres.
- e. La Ley N.º 27734, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28 de mayo de 2002, que modificó el Art. 10.º de la Ley N.º 26864, de Elecciones Municipales, que establecía por primera vez un sistema de cuotas del 25% de candidatas mujeres como mínimo, incrementándola a 30% o más para acceder al Congreso.
- f. La Ley N.º 28094, de Partidos Políticos, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 1 de noviembre de 2003, que estatuye que en las listas de candidatos para cargos de dirección del partido político así como para los candidatos a cargos de elección popular, el número de mujeres u hombres no puede ser inferior al 30% del total de candidatos.
- g. El Decreto Supremo N.º 009-2005-MIMDES, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 15 de setiembre de 2005, que aprobó el Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Varones 2006-2010.
- h. El Plan Nacional de Derechos Humanos 2006-2010, adoptado a través del Decreto Supremo N.º 017-2005-JUS del 11 de diciembre de 2005, en el cual se establece acciones y metas completas para el reconocimiento y protección de los derechos humanos de las mujeres.
- i. La Ley N.º 28983, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 16 de marzo de 2007, que constituye una norma de desarrollo constitucional del derecho a la igualdad reconocido en el Art. 2, inciso 2) de la Constitución, y que tiene por objeto establecer el marco normativo, institucional y de políticas públicas en los ámbitos nacional, regional y local, para



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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, y propendiendo a la plena igualdad.

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

4. La igualdad y la discriminación en materia laboral

34. El inciso 1), del Art. 26 de la Constitución Política reconoce que en la relación laboral se respeta el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación. Es evidente que el reconocimiento constitucional de dicho principio laboral constituye una manifestación del derecho a la igualdad en el ámbito de las relaciones laborales.
35. Sobre el particular el Tribunal Constitucional, en la STC N.º 008-2005-PI/TC, ha señalado que el principio constitucional de igualdad de trato en el ámbito laboral hace referencia a la regla de no discriminación en materia laboral, el cual específicamente hace referencia a la igualdad ante la ley. Esta regla de igualdad asegura, en lo relativo a los derechos laborales, la igualdad de oportunidades de acceso al empleo y de tratamiento durante el empleo.
36. La discriminación en el entorno laboral es un fenómeno social cotidiano y universal que provoca desigualdades entre las personas y genera desventajas sociales y económicas que debilitan la cohesión y la solidaridad sociales. Por ello, la erradicación de la discriminación laboral tiene por finalidad promover la igualdad de oportunidades a fin de que tanto hombres como mujeres disfruten de un trabajo decente, sin perjuicio de su origen, sexo, raza, color, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole.
37. En este contexto, la discriminación laboral se produce cada vez que se escoge o rechaza a un trabajador por razón de su origen, sexo, raza, color, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma o de cualquier otra índole. En buena cuenta, la discriminación en el entorno laboral supone dispensar un trato distinto a las personas atendiendo a ciertas características, como pueden ser la raza, el color o el sexo, lo cual entraña un menoscabo de derecho a la igualdad de oportunidades y de trato y a la libertad de trabajo, debido a que la libertad del ser humano para elegir y desarrollar sus aspiraciones profesionales y personales se ve restringida.
38. La igualdad en el trabajo ha sido un tema recurrente en las normas internacionales del trabajo que adopta y promueve la Organización Internacional de Trabajo (OIT). Así, en la Declaración de Filadelfia, se reconoce que “todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”.

En igual sentido, en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, se reiteró el principio constitucional de la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, confirmandose así el propósito universal de erradicar la discriminación en el mundo del trabajo mediante la promoción de la igualdad de trato y de oportunidades.

Entre los primeros instrumentos elaborados por la OIT con el objetivo específico de promover la igualdad y eliminar la discriminación en el trabajo se encuentran el Convenio 100 sobre igualdad de remuneración, así como el Convenio y la Recomendación 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación.

4.1. La discriminación laboral y sus clases

39. En el apartado a), del Art. 1.1 del Convenio 111 se define la discriminación laboral como “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.
40. La protección contra la discriminación en el empleo y la ocupación es aplicable a todos los sectores del empleo y la ocupación, tanto públicos como privados, y abarca el acceso a la educación, la orientación y la formación profesionales; el acceso al trabajo ya sea por cuenta propia, asalariado o en la administración pública; el acceso a los servicios de colocación o tercerización; el acceso a las organizaciones de trabajadores; la promoción profesional; la seguridad del empleo; la negociación colectiva; la igualdad de remuneración por trabajos de igual valor; el acceso a la seguridad social, los servicios y prestaciones sociales relacionados con el empleo; y otras condiciones laborales, incluidas la seguridad y la salud en el trabajo, las horas de trabajo, los períodos de descanso y las vacaciones.
41. La discriminación laboral consiste en dispensar a las personas un trato diferente y menos favorable debido a determinados criterios, como el sexo, el color de su piel, la religión, las ideas políticas o el origen social, entre otros motivos, sin tomar en consideración los méritos ni las calificaciones necesarias para el puesto de trabajo que se trate. De este modo, la discriminación vulnera la libertad de las personas para conseguir la clase de trabajo a la que aspiran (libertad de trabajo) y menoscaba las oportunidades de los hombres y las mujeres para desarrollar su potencial y sus aptitudes y cualidades, a efectos de ser remunerados en función de sus méritos.

La discriminación laboral también puede venir agravada por la violencia (física o psicológica), u ofensas brutales y malos tratos, el acoso moral, o el acoso sexual ejercidos contra ciertas categorías de trabajadores, como es el caso de las mujeres.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En consecuencia, puede influir en la capacidad de la víctima para conservar el puesto de trabajo o progresar en él.

42. La discriminación laboral puede manifestarse cuando se busca un trabajo, en el empleo o al dejar éste. Las personas pueden ser excluidas o incluso disuadidas de aspirar a un empleo por motivos de raza, sexo, religión u orientación sexual, entre otros motivos, o pueden ser obstaculizadas para ser promovidas profesionalmente. Por ejemplo, hay discriminación laboral cuando a una persona profesionalmente calificada, pero miembro de un grupo político minoritario, se le deniega un empleo, o cuando trabajadores competentes son víctimas de acoso laboral por motivo de su afiliación sindical.

43. Sin embargo, no todas las distinciones de trato han de considerarse discriminatorias. Según el Art. 1.2 del Convenio 111 un trato diferenciado que tenga su origen en las cualificaciones exigidas para un puesto de trabajo es una práctica perfectamente legítima. Por lo tanto, en este contexto, mientras no se restrinja la igualdad de oportunidades, las diferencias de trato no se considerarán discriminatorias.

Asimismo, entre las medidas que no constituyen discriminación laboral cabe mencionar aquellas destinadas a salvaguardar la seguridad del Estado y las motivadas por imperativos especiales de protección, esto es, aquellas dirigidas a atender necesidades específicas en el ámbito de la salud de hombres o mujeres.

Tampoco son discriminatorias las medidas especiales que conllevan un trato diferenciado para quienes tienen necesidades particulares por razones de género, o de discapacidad mental, sensorial o física.

44. La discriminación en el trabajo puede ser directa o indirecta. Es directa cuando las normas jurídicas, las políticas y los actos del empleador, excluyen, desfavorecen o dan preferencia explícitamente a ciertos trabajadores atendiendo a características como la opinión política, el estado civil, el sexo, la nacionalidad, el color de la piel o la orientación sexual, entre otros motivos, sin tomar en cuenta sus cualificaciones y experiencia laboral. Por ejemplo, los anuncios de ofertas de empleo en los que se excluye a los aspirantes mayores de cierta edad, o de determinado color de piel o complexión física, es una forma de discriminación directa.

45. En cambio, la discriminación es indirecta cuando ciertas normas jurídicas, políticas y actos del empleador de carácter aparentemente imparcial o neutro tienen efectos desproporcionadamente perjudiciales en gran número de integrantes de un colectivo determinado, sin justificación alguna e independientemente de que éstos cumplan o no los requisitos exigidos para ocupar el puesto de trabajo de que se trate, pues la aplicación de una misma condición, un mismo trato o una misma exigencia no se les exige a todos por igual. Por ejemplo, el supeditar la obtención de un puesto de trabajo al dominio de un idioma en particular cuando la capacidad lingüística no es requisito indispensable para su desempeño es una forma de discriminación indirecta por razón de la nacionalidad o la etnia de origen.



También puede haber discriminación indirecta cuando se dispensa un trato diferenciado a categorías específicas de trabajadores, traducida en menores prestaciones sociales o remuneraciones, siempre que éste no se realice sobre bases objetivas y razonables.

46. El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación en el empleo y la ocupación se encuentra reconocida tanto en el régimen laboral que regula la actividad pública como en el régimen laboral que regula la actividad privada. Así, el inciso a), del Art. 24 del Decreto Legislativo N.º 276 establece que son derechos de los servidores públicos de carrera hacer “carrera pública en base al mérito, sin discriminación política, religiosa, económica, de raza o de sexo, ni de ninguna otra índole”. En cambio, el Art. 29 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR sanciona con nulidad el despido que tenga una justificación discriminatoria.

4.2. La discriminación laboral por razón de sexo: el embarazo

47. El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo incluye dos mandatos. El primero es la prohibición de discriminaciones directas, a través de la cual toda norma, política o acto del empleador que dispense un trato diferente y perjudicial en función de la pertenencia a uno u otro sexo es inconstitucional, lo que comporta la obligación de exigir un trato jurídico indiferenciado para hombres y mujeres como regla general. El segundo es la prohibición de la discriminación indirecta, es decir, de aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros, pero de los cuales se derivan consecuencias desiguales y perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tiene sobre los miembros de uno u otro sexo.
48. De este modo, en el caso de las mujeres la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la necesidad de terminar con la histórica situación de inferioridad de la mujer en la vida social, política y jurídica. Por ello, para asegurar la igualdad real de la mujer en la sociedad y en el lugar de trabajo, se ha previsto la prohibición de todo tipo discriminación por razón de sexo.
49. La discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino también en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca. Es decir, que la discriminación laboral por razón de sexo comprende no sólo los tratamientos peyorativos fundados en la constatación directa del sexo, sino también aquellos que se basen en circunstancias que tengan una directa conexión con el sexo.
50. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. Las decisiones extintivas basadas en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituye, indudablemente, una discriminación por razón de sexo proscrita por el inciso 2) del Art. 2 de la Constitución Política.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



51. La protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino también se extiende al ámbito estricto del desarrollo y a las vicisitudes de la relación laboral, razón por la cual condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empleador. Por ello, el Art. 23 de la Constitución Política prescribe que el Estado protege especialmente a la madre que trabaja.
52. Por ello, el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo, como también lo es la negativa a contratar a una mujer embarazada, o cuando una trabajadora percibe una remuneración inferior al de un trabajador por un mismo trabajo. Son manifestaciones de discriminación directa porque excluyen la posibilidad de justificar, objetivamente, la razonabilidad y proporcionalidad de la medida.
53. En este sentido, el apartado d), del Art. 5 del Convenio 158 prescribe que el embarazo no constituirá causa justificada para la terminación de la relación de trabajo. De otra parte, según el Art. 4.1 de la Recomendación 95, el período durante el cual será ilegal para el empleador despedir a una mujer debe comenzar a contarse a partir del día en que le haya sido notificado el embarazo por medio de un certificado médico.
54. Asimismo debe tenerse presente que el Art. 11.1.2 de la CEDM establece que la mujer debe estar protegida en el trabajo frente a la discriminación basada en la maternidad. De ahí que el Estado peruano haya asumido las obligaciones de prohibir a los empleadores utilizar el embarazo como criterio para la contratación o el despido de empleadas, y de adoptar todas las medidas necesarias para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo, concediéndoles prestaciones como la licencia de maternidad remunerada, subsidios para el cuidado de los hijos y una protección especial de la salud durante el embarazo.
55. Por lo tanto, sobre la base del derecho a la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras, puede concluirse que la mujer embarazada está protegida contra todo despido por razón de su condición durante el período de embarazo. Es más, el inciso e) del Art. 29 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR prescribe que el despido se considera nulo si se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los noventa días posteriores al parto, siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido.
56. De otra parte conviene señalar que cuando se sostenga que se es objeto de una conducta discriminatoria, debe acreditarse la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante alegato, para lo cual se requiere, por lo menos, la prueba indiciaria.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

5. Análisis de la controversia

57. Teniendo en consideración los criterios expuestos se analiza a continuación, la cuestión planteada en el presente proceso de amparo. Para ello debe tenerse presente que mediante el principio de primacía de la realidad, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.
58. En el presente caso con los contratos obrantes en autos se advierte que la demandante suscribió contratos de servicios no personales con la SBLM para que preste sus servicios desde el 1 de diciembre de 2001 hasta el 30 de mayo de 2004; esto es, para que preste servicios sin estar subordinada, por cierto tiempo o para un trabajado determinado, a cambio de una retribución; sin embargo, con el Memorándum Múltiple N.º 043-2004-OGAF/SBLM, de fecha 12 de mayo de 2004, obrante a fojas 8, se acredita que la SBLM le impartía órdenes, ya que mediante este documento le recordó cuál era su horario de refrigerio y que en caso de incumplimiento sería excluida de la SBLM.
59. Por lo tanto, habiéndose determinado que la demandante —al margen de lo consignado en el texto de los contratos de servicios no personales suscritos— ha desempeñado labores en forma subordinada y permanente, debe aplicarse a su caso el principio de la primacía de la realidad, en virtud del cual queda establecido que entre las partes ha habido una relación de naturaleza laboral y no civil; por lo que la SBLM, al haber despedido a la demandante sin haberle expresado la existencia de una causa justa relacionada con su capacidad o conducta laboral que justifique dicha decisión, ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo.
60. Sin perjuicio de la conclusión antedicha, este Tribunal considera que la SBLM también ha vulnerado el derecho a la igualdad de la demandante, pues se advierte claramente que ha sido objeto de un despido discriminatorio directo por razón de sexo. Ello queda probado con las cartas obrantes a fojas 6 y 16, mediante las cuales la demandante le comunicó a la SBLM que se encontraba embarazada; y ésta, a pesar de conocer su estado grávido, decidió despedirla bajo el argumento de que el plazo de su contrato había vencido.
61. En lo que respecta al extremo referido al pago de las remuneraciones dejadas de percibir, al tener tal pretensión naturaleza resarcitoria y no restitutoria, el proceso de amparo no resulta ser la vía idónea para reclamarlo, razón por la cual queda a salvo el derecho de la demandante de acudir a la vía correspondiente.
62. Habiéndose acreditado que la SBLM vulneró el derecho constitucional al trabajo de la demandante, corresponde, de conformidad con el Art. 56 del Código Procesal Constitucional, ordenar que asuma los costos del proceso, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05652-2007-PA/TC
LIMA
ROSA BETHZABÉ GAMBINI VIDAL

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la excepción de caducidad.
2. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo.
3. Ordenar que la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana reincorpore a doña Rosa Bethzabé Gambini Vidal como trabajadora en el cargo que desempeñaba o en otro de similar nivel o categoría, en el plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas prescritas en el Art. 22 del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos del proceso.
4. Declarar **IMPROCEDENTE** el extremo de la demanda en que se solicita el pago de las remuneraciones dejadas de percibir.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
ÁLVAREZ MIRANDA

[Firma manuscrita]

Lo que certifico:

[Firma manuscrita]
Dr. ERNESTO FIGUEROA BERNARDINI
SECRETARIO RELATOR