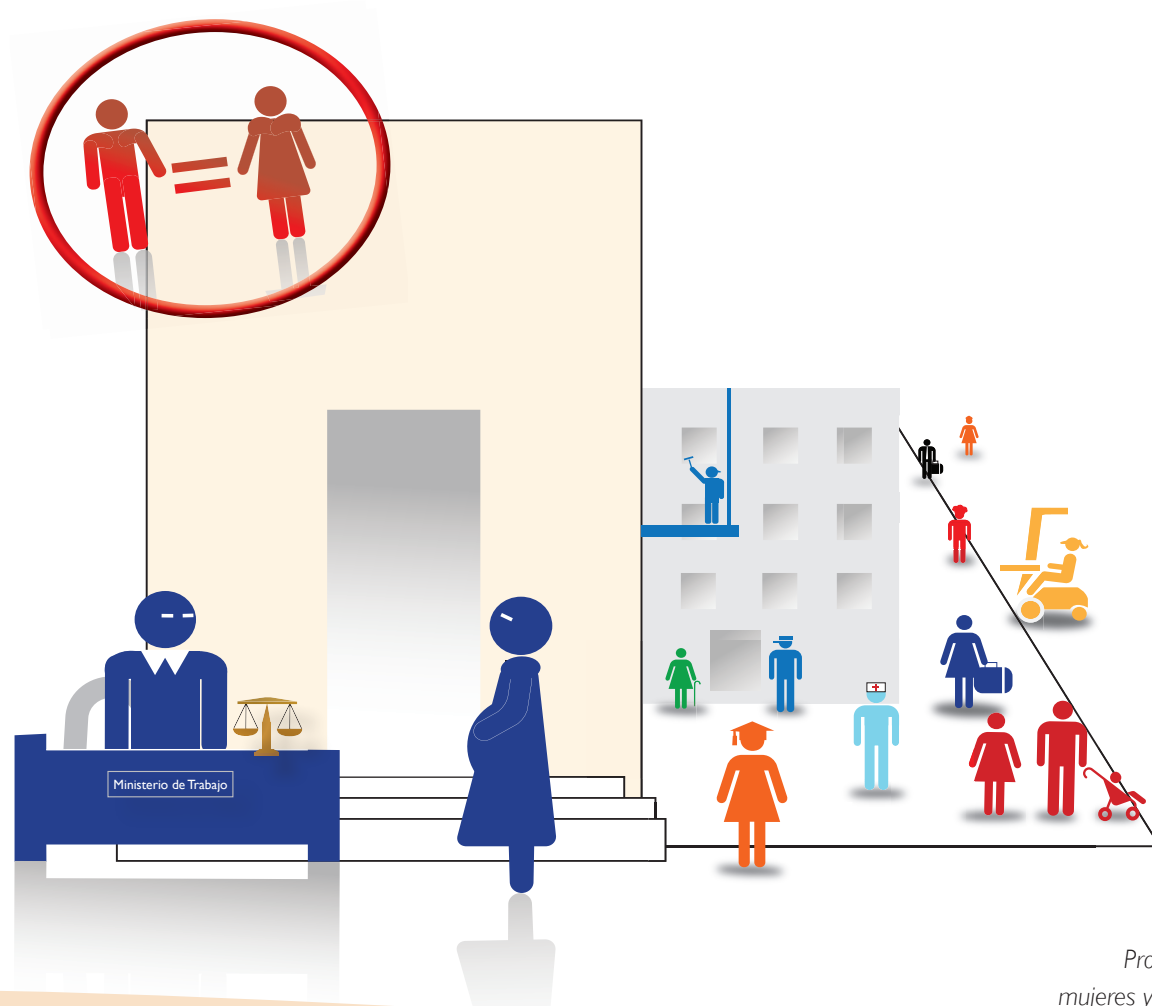




Organización
Internacional
del Trabajo

Legislación y Jurisprudencia Comparadas sobre Derechos Laborales de las Mujeres:

Centroamérica y República Dominicana



Promover la **igualdad** entre
mujeres y hombres en el **trabajo**:
Una cuestión de **PRINCIPIOS**



Legislación y Jurisprudencia Comparadas sobre Derechos Laborales de las Mujeres:

Centroamérica y República Dominicana

San José, Costa Rica

2011

Copyright © Organización Internacional del Trabajo 2011
Primera edición 2011

Las publicaciones de la Oficina Internacional del Trabajo gozan de la protección de los derechos de propiedad intelectual en virtud del protocolo 2 anexo a la Convención Universal sobre Derecho de Autor. No obstante, ciertos extractos breves de estas publicaciones pueden reproducirse sin autorización, con la condición de que se mencione la fuente. Para obtener los derechos de reproducción o de traducción, deben formularse las correspondientes solicitudes a Publicaciones de la OIT (Derechos de autor y licencias), Oficina Internacional del Trabajo, CH-1211 Ginebra 22, Suiza, o por correo electrónico a pubdroit@ilo.org, solicitudes que serán bien acogidas.

Las bibliotecas, instituciones y otros usuarios registrados ante una organización de derechos de reproducción pueden hacer copias de acuerdo con las licencias que se les hayan expedido con ese fin. En www.ifrro.org puede encontrar la organización de derechos de reproducción de su país.

OIT. Proyecto Verificación de la Implementación de las Recomendaciones del Libro Blanco para Centroamérica y República Dominicana
Legislación y jurisprudencia comparadas sobre derechos laborales de las mujeres: Centroamérica y República Dominicana
San José, Organización Internacional del Trabajo, 2011

Legislación del trabajo, derecho jurisprudencial, trabajadoras, América Central, República Dominicana.

04.01.6

978-92-2-324607-5 (print)

978-92-2-324608-2 (web pdf)

Datos de catalogación de la OIT

Las denominaciones empleadas, en concordancia con la práctica seguida en las Naciones Unidas, y la forma en que aparecen presentados los datos en las publicaciones de la OIT no implican juicio alguno por parte de la Oficina Internacional del Trabajo sobre la condición jurídica de ninguno de los países, zonas o territorios citados o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras.

La responsabilidad de las opiniones expresadas en los artículos, estudios y otras colaboraciones firmados incumbe exclusivamente a sus autores, y su publicación no significa que la OIT las sancione.

Las referencias a firmas o a procesos o productos comerciales no implican aprobación alguna por la Oficina Internacional del Trabajo, y el hecho de que no se mencionen firmas o procesos o productos comerciales no implica desaprobación alguna.

Las publicaciones y los productos electrónicos de la OIT pueden obtenerse en las principales librerías o en oficinas locales de la OIT en muchos países o pidiéndolas a: OIT, Equipo Técnico de Trabajo Decente para América Central, Haití, Panamá y República Dominicana, Apartado Postal 502-2050 Montes de Oca, Costa Rica. También pueden solicitarse catálogos o listas de nuevas publicaciones a la dirección antes mencionada o por correo electrónico a: centrodocumentacion@oit.or.cr

Vea nuestro sitio en la red: www.oit.or.cr

Equipo Técnico de Trabajo Decente de la OIT para América Central, Haití, Panamá y República Dominicana
Proyecto Verificación de la Implementación de las Recomendaciones del Libro Blanco

Investigadora: Paula Antezana Rimassa

Coordinación y Supervisión: María José Chamorro, Bente Sorensen y Tania Caron

Diseño y diagramación: Producciones La Lechuza S.A

Impreso en Costa Rica

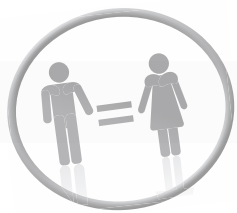
www.oit.or.cr/verificacion

Este documento ha sido financiado por el Departamento de Trabajo de los Estados Unidos y no necesariamente refleja el punto de vista de las políticas de dicho departamento ni la mención de marcas registradas, productos comerciales u organizaciones implica el respaldo del Gobierno de los Estados Unidos de América.

INDICE

Presentación	I
Siglas	3
I. La progresividad de la igualdad de género en los instrumentos de la OIT	4
a. Antecedentes	4
b. Los Convenios Fundamentales sobre la Igualdad	7
i. Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100)	8
ii. Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)	8
iii. Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156)	10
iv. Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183)	11
c. Los instrumentos internacionales de derechos humanos	11
II. Una visión comparada de las legislaciones de la subregión	13
a. La incorporación de los convenios al derecho interno	13
b. El derecho a la igualdad y a la no discriminación en el trabajo	15
i. La protección del proceso reproductivo	20
ii. El hostigamiento o acoso sexual	26
c. El cumplimiento de la normativa	30
III. La discriminación en razón del género desde la jurisprudencia	34
a. Definición	34
b. La prueba de la discriminación en el trabajo	37
IV. Discriminación directa antes de la contratación: prohibiciones legales, proceso de reclutamiento y pruebas de embarazo	40
a. Prohibiciones legales	40
b. El proceso de reclutamiento	42
c. Las pruebas de embarazo como requisito para la contratación o para continuar con la relación de trabajo	44
V. Discriminación directa e indirecta durante la contratación	46
a. Las trabajadoras domésticas	46

VI.	Discriminación directa por razones vinculadas a la maternidad	51
a.	El proceso reproductivo	51
i.	El derecho a la estabilidad laboral de la trabajadora embarazada o en período de lactancia	53
ii.	El derecho a la lactancia	57
iii.	Formas “encubiertas” de despido a trabajadoras embarazadas	58
iv.	La comunicación del embarazo	60
VII.	Las responsabilidades familiares como causa de discriminación	63
VIII.	El acoso laboral	67
IX.	El acoso sexual	71
a.	Jurisprudencia sobre la Ley contra el hostigamiento o acoso sexual de Costa Rica	73
i.	El propósito de la Ley contra el Hostigamiento o Acoso Sexual	74
ii.	Definición de acoso sexual	74
iii.	La prueba y su apreciación	76
iv.	La proporcionalidad entre la conducta y la sanción	77
	Conclusiones y recomendaciones	79
	Bibliografía	84
	Anexo: Guía para la recopilación de jurisprudencia	94



Presentación

La igualdad de género es un objetivo fundamental, inserto en todo el actuar de la Organización Internacional del Trabajo. Es el tema principal de dos convenios fundamentales: el Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100), el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111) y ambos forman parte de la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, adoptada por la Conferencia internacional del Trabajo en 1998. Constituye, por lo tanto, un elemento que integra el concepto de trabajo decente y la Agenda Hemisférica de Trabajo Decente para las Américas 2006-2015, la cual destacó el objetivo de promover la igualdad entre los sexos y la autonomía de la mujer.

Asimismo, el Plan de acción de la OIT sobre igualdad de género 2010-2015 tiene por objetivo facilitar la ejecución del Programa de Trabajo Decente de la organización, atendiendo a las cuestiones de género. Este plan refleja la naturaleza transversal de la igualdad de género de acuerdo con la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008 y con el Pacto Mundial para el Empleo de 2009.

Los países de Centroamérica y República Dominicana han ratificado los Convenios núms. 100 y 111 de la OIT, consagran en sus Constituciones Políticas el principio de igualdad y no discriminación y han realizado importantes reformas a sus legislaciones nacionales para incorporar estos principios. No obstante, el panorama laboral refleja que aún se mantienen una serie de discriminaciones hacia las mujeres, las cuales conforman un importante contingente del trabajo informal, se ubican en las labores poco calificadas, ganan salarios por debajo del mínimo legal y continúan siendo las principales responsables por el cuidado de las personas dependientes.

Es necesario por ello, hacer un alto en el camino y detenerse a observar lo que disponen las legislaciones nacionales en materia de igualdad de género y no discriminación. Interesa, sobre todo, determinar cómo se ha pronunciado la jurisprudencia al respecto y resaltar las sentencias paradigmáticas, no solo de los países que componen la

subregión, sino también de aquellos que están en otras latitudes. El abordaje comparado permite no solo comparar, como lo dice el término, sino establecer pautas para aprender unos de otros y establecer buenas prácticas e inspirar, tanto a juzgadores como a legisladores, en las mejores maneras de aplicar la normativa internacional y la nacional.

El presente estudio se enmarca en el enfoque de igualdad de género de la OIT y su objetivo es revisar el grado de cumplimiento de los Convenios de la OIT, particularmente del Convenio núm. 111, desde la perspectiva de la legislación y la jurisprudencia comparadas.

El estudio se realizó en un plazo aproximado de cinco meses y en la identificación y recopilación de las resoluciones participó un equipo regional coordinado por una consultora. La estructura del informe se detalla a continuación:

PRIMERA PARTE, se analiza la progresividad de la igualdad de género en los instrumentos de la OIT, enumerando y describiendo los aspectos principales de los Convenios más importantes sobre la igualdad.

SEGUNDA PARTE, se incluye una revisión comparada de las legislaciones de la región, resumiendo los principales aspectos relacionados con la incorporación de los convenios al derecho interno, el derecho a la igualdad y a la no discriminación en el trabajo y algunas reflexiones en torno a la persistencia de la discriminación.

TERCERA PARTE, el informe se centra en el análisis de los hallazgos encontrados en la jurisprudencia recopilada en la subregión y en algunos casos paradigmáticos de diferentes lugares del mundo. Así, se trata el tema de la discriminación en el trabajo en razón del sexo, analizando su definición y alcances, desde la jurisprudencia.

CUARTA PARTE se aborda la discriminación directa antes de la contratación y se analizan resoluciones de la región o fuera de ella en tres áreas: prohibiciones legales, proceso de reclutamiento y las pruebas de embarazo como requisito para la contratación o para continuar con la relación de trabajo.

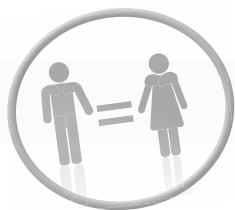
QUINTA PARTE, se analiza la discriminación directa e indirecta durante la contratación. Este tema se toca de manera somera debido a la escasez de resoluciones encontradas, deteniéndose en la situación de las trabajadoras domésticas con el análisis de algunos fallos importantes.

SEXTA PARTE, se refiere a la discriminación directa por razones vinculadas a la maternidad, que es sobre lo que hay más resoluciones en toda la subregión.

SÉPTIMA PARTE se refiere a la discriminación que viven las trabajadoras con responsabilidades familiares.

OCTAVA y NOVENA PARTE, se relacionan con el acoso laboral en sentido general, y con el acoso sexual en sentido particular.

Para la realización de este estudio se hicieron evidentes las dificultades que existen en la subregión para acceder a las resoluciones judiciales y administrativas que emiten los operadores jurídicos. Por ello, los hallazgos son apenas tendencias que reflejan algunas características de los fallos emitidos –principalmente- en estrados judiciales. Se espera, no obstante, provocar la reflexión y animar a la concientización y a la sensibilización para lograr que en la subregión, la búsqueda de la igualdad de género y la no discriminación sean algo más que postulados insertos en la normativa.



Siglas

ASTRADOMES	Asociación de Trabajadoras Domésticas
CCSS	Caja Costarricense de Seguro Social
CEACR	Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT
CEDAW	Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
CIF	Centro Internacional de Formación de la OIT
CIT	Conferencia Internacional del Trabajo
CP	Código Penal
CSJ	Corte Suprema de Justicia
CT	Código de Trabajo
FUNPADEM	Fundación para la Paz y la Democracia
PEA	Población Económicamente Activa
MEI	Fundación Mujeres en Igualdad
MTSS	Ministerio de Trabajo y Seguridad Social
NIT	Normas Internacionales del Trabajo
OIT	Organización Internacional del Trabajo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TAM	Tribunal de Apelaciones de Managua
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

La progresividad de la igualdad de género en los instrumentos de la OIT

PRIMERA PARTE

A. ANTECEDENTES

Desde 1919, año de la fundación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la igualdad de oportunidades ha sido uno de los objetivos fundamentales de la Organización. La primera Constitución de la OIT indicaba que este principio está entre los que son «de importancia particular y urgente» y estableció que «las reglas que en cada país se dicten con respecto a las condiciones de trabajo deberían asegurar un trato económico equitativo a todos los obreros que residan legalmente en dicho país». La Constitución original también reconocía «el principio de salario igual, sin distinción de sexos para un trabajo de igual valor».

En la Declaración de Filadelfia de 1944 se proclama que *“todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”*. Además, en esta Declaración se consagra el reconocimiento de la libertad de asociación, el principio de la no discriminación y la afirmación de que el trabajo no es una mercancía.

Las primeras normas internacionales dirigidas específicamente a las mujeres tenían como meta proporcionar protección a través de la prohibición, la restricción o medidas especiales¹. Entre esas primeras normas pueden citarse aquellas relacionadas con el trabajo peligroso, el trabajo nocturno y la protección a la maternidad:

1. Oficina Internacional del Trabajo: *Las normas internacionales del trabajo. Un enfoque global, 75° Aniversario de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, versión preliminar, OIT, Ginebra, 2001, p. 67.

Trabajo peligroso:

- Recomendación sobre el saturnismo (mujeres y niños), 1919 (núm. 4),
- Recomendación sobre el fósforo blanco, 1919 (núm. 6)
- Convenio sobre la cerusa (pintura), 1921 (núm. 13)

Trabajo nocturno:

- Convenio sobre el trabajo nocturno (mujeres) 1919 (núm. 4) (Dejado de lado)
- Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1934 (núm. 41) (Dejado de lado)
- Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1948 (núm. 89)
- Protocolo de 1990 relativo al convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1948 (núm. 89)

Protección a la maternidad:

- Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919 (núm. 3)

Recuadro N° 1. Centroamérica, Panamá y República Dominicana: Ratificación de los primeros instrumentos de la OIT dirigidos a proteger a las mujeres.

País	C13	C4	C89	C3
Costa Rica			02/06/1960	
El Salvador				
Guatemala	05/01/1990		13/02/1952	
Honduras				
Nicaragua	12/04/1934	12/04/1934		12/04/1934
Panamá	19/06/1970		19/06/1970	03/06/1958
R. Dominicana			22/09/1953	

Nota: El Convenio núm. 41 y el Protocolo núm. 89 no fueron ratificados por ningún país de la subregión.

Fuente: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdsp1.htm>



Estas primeras normas, muchas de las cuales en la actualidad se consideran discriminatorias, se desarrollaron por varios motivos. Uno de ellos es que las mujeres se consideraban frágiles y, como los niños, necesitaban de protección contra el trabajo de muchas horas, peligroso, penoso y nocturno. “Generalmente no tenían derechos civiles y políticos completos, como el derecho a votar o a formalizar un contrato. Por tanto, sin una legislación protectora, podían ser fácilmente explotadas”². Además, si trabajaban fuera del hogar, estarían sujetas a una doble jornada y, por lo tanto, “su vida familiar sufriría”³. También había otro tipo de razones y “algunos afirman que un fuerte motivo fue proteger los puestos masculinos de la competencia femenina”⁴.

En 1951 entra en vigor el Convenio sobre la igualdad de remuneración (núm. 100) y en 1958 el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) (núm. 111), los cuales establecen un marco jurídico sobre la igualdad –como se verá más adelante.

A partir de la década de 1960, las normas de promoción de la igualdad comenzaron a reflejar el reconocimiento de que la igualdad supone que los hombres y las mujeres deben compartir las responsabilidades familiares. A medida que las mujeres iban conformando una mayor proporción del mercado de trabajo, la imagen del varón con un trabajo a tiempo completo como modelo representativo del “clásico” trabajador iba perdiendo terreno. Este cambio comenzó a quedar plasmado en las normas del trabajo en 1965, con la adopción de la Recomendación sobre el empleo de las mujeres con responsabilidades familiares (núm. 123), en la que se contemplan medidas que deben adoptarse para que a las trabajadoras les sea posible armonizar sus diversas responsabilidades sin ser discriminadas⁵.

En 1975 la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó la Declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras, la cual recordó que la protección de las mujeres en el trabajo debería ser una parte integral de los

esfuerzos realizados para la continua promoción y la mejora de las condiciones de vida y trabajo de todos los empleados. También en 1975, en la Conferencia Internacional del Trabajo se hace notar que todo cambio del papel tradicional de las mujeres debería estar acompañado por un cambio en el papel de los hombres. Es así como en 1981 se adoptó el Convenio núm. 156 y la Recomendación núm. 165 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares.

En 1985 la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó una resolución sobre igualdad de oportunidades y trato en el empleo entre hombres y mujeres y, con respecto a las medidas de protección a las mujeres, recomendó que toda legislación protectora aplicable a las mujeres sea revisada a la luz del conocimiento científico actualizado y los cambios técnicos. Además, debía ser revisada, complementada, ampliada, conservada o revocada, según las circunstancias nacionales⁶.

La Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR)⁷ en su estudio de las memorias relativas al trabajo nocturno del 2001, se refirió a la necesidad de reinterpretar las normas internacionales para que reflejen mejor los principios de no discriminación en el empleo y de igualdad de trato entre hombres y mujeres. Además, que, con la exclusión de las normas y beneficios relacionados con la protección de la maternidad, “todas las demás medidas especiales de protección vulneran los objetivos de la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres”⁸. En ese sentido, la Reunión de expertos sobre medidas especiales de protección para las mujeres e igualdad de oportunidades y de trato congregada por la OIT en 1989, estimó que “las medidas de protección especial estipuladas únicamente

2. Oficina Internacional del Trabajo: *Las normas internacionales del trabajo. Un enfoque global*, 75° Aniversario de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, versión preliminar, OIT, Ginebra, 2001, p. 67.

3. Ibidem.

4. Ibidem.

5. OIT: *ABC de los derechos de las trabajadoras y la igualdad de género*, Oficina Internacional del Trabajo Ginebra, 2008, p. 11.

6. Oficina Internacional del Trabajo: *Las normas internacionales del trabajo. Un enfoque global*, 75° Aniversario de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, versión preliminar, OIT, Ginebra, 2001, p. 68.

7. La CEACR fue establecida en 1926, está integrada por 20 miembros que actúan a título individual. La Comisión de Expertos es un órgano jurídico encargado de examinar el grado de aplicación de los convenios y las recomendaciones por parte de los Estados Miembros de la OIT. El examen de la Comisión de Expertos se fundamenta en las memorias transmitidas periódicamente por los gobiernos, de conformidad con los formularios de memoria aprobados por el Consejo de Administración de la OIT. La Comisión de Expertos se reúne una vez por año. <http://white.oit.org.pe/corenit/introduccion/ceacr.html>

8. Oficina Internacional del Trabajo: *Trabajo nocturno de las mujeres en la industria*, Conferencia Internacional del Trabajo, 89.ª reunión, 2001, Ginebra, p. 21.

para las mujeres en relación con trabajos peligrosos, penosos e insalubres son incompatibles con el principio de igualdad de oportunidades y de trato a menos que hayan sido establecidas en función de la condición biológica de las mujeres”⁹.

Actualmente, la eliminación de toda forma de discriminación en el trabajo es un principio inherente a toda política de la OIT. Es, además, el tema principal de dos de los ocho convenios fundamentales de la OIT, incluidos en la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, adoptada por la Conferencia internacional del Trabajo en 1998 (véase Recuadro N° 2): el Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100) y el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111).

En la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional en su nonagésima séptima reunión celebrada el 10 de junio de 2008, se reafirma que “la igualdad de

género y la no discriminación deben considerarse cuestiones transversales en el marco de los objetivos estratégicos de la OIT”.

Es importante recalcar que en los últimos años la OIT ha adoptado importantes instrumentos para lograr la rendición de cuentas en materia de igualdad entre hombres y mujeres. Por ejemplo, la Resolución relativa a la igualdad entre hombres y mujeres, a la igualdad de remuneración y a la protección de la maternidad adoptada en la reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) en 2004, en la que se insta a una mayor contribución para eliminar la discriminación basada en el género y promover la igualdad entre los sexos. Asimismo, en marzo de 2005 el Consejo de Administración adoptó una Decisión, según la cual se declara obligatoria la incorporación de las consideraciones de género en todas las actividades de cooperación técnica de la OIT¹⁰.

Más recientemente, en la CIT de 2009, dedicada a la igualdad de género como eje del trabajo decente, se señala que la

Recuadro N°2. Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*.

“La Conferencia Internacional del Trabajo, (...)

2. Declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir:

- a. la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;*
- b. la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;*
- c. la abolición efectiva del trabajo infantil; y*
- d. la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación”.*

**(Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión, Ginebra, 18 de junio de 1998).*

Convenios fundamentales:

- Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87)
- Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98)
- Convenio sobre el trabajo forzoso, 1939 (núm. 29)
- Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105)
- Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100)
- Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)
- Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138)
- Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182)

9. Ibidem.

10. OIT: ABC de los derechos de las trabajadoras y la igualdad de género, Oficina Internacional del Trabajo Ginebra, 2008, p. 4.



igualdad de género en el mundo del trabajo no es sólo una cuestión de derechos humanos y de justicia para los trabajadores, sino que también reviste interés desde el punto de vista empresarial para los empleadores, y es fundamental para el logro del crecimiento económico y la reducción de la pobreza a nivel nacional. El informe, además, aboga por el establecimiento de una red de seguridad mínima, que tome en cuenta que la pobreza tiene una innegable dimensión de género.

Finalmente, cabe destacar que en la CIT celebrada en junio de 2010, se llevó a cabo una primera discusión sobre una norma internacional del trabajo para trabajadores y trabajadoras domésticas, que constituyen mujeres en su gran mayoría.

B. LOS CONVENIOS FUNDAMENTALES SOBRE LA IGUALDAD

Entre los instrumentos normativos de la OIT están los convenios y las recomendaciones internacionales del trabajo, constituyendo lo que se denomina normas internacionales del trabajo (NIT), también están otros instrumentos de carácter general, como la Constitución de la OIT y las declaraciones; y de carácter específico, como las resoluciones y repertorios de recomendaciones prácticas.

Los convenios de la OIT son tratados internacionales elaborados y adoptados de manera tripartita en el seno de la CIT. Una vez ratificados por los Estados miembros, estos quedan jurídicamente obligados por el contenido del instrumento¹¹. Las recomendaciones, por su parte, también son elaboradas y adoptadas de manera tripartita, pero no constituyen instrumentos jurídicos obligatorios, sino directrices que guían a los Estados miembros para la aplicación de un determinado convenio.

Aunque todos los convenios son relevantes para los derechos laborales de las mujeres trabajadoras, hay algunos que son particularmente importantes, ya sea porque contienen normas explícitas sobre la igualdad y la no discriminación o porque sus normas toman en cuenta las necesidades de las mujeres y las de los hombres sin mencionarlos explícitamente. Estos convenios están enumerados en el Recuadro N° 3.

Cuatro convenios han sido establecidos como instrumentos clave para lograr la igualdad de género en el mundo del trabajo:

- Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100)
- Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)

Recuadro N° 3. La igualdad de género en las normas del trabajo.

Normas explícitas sobre la igualdad y la no discriminación

- Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)
- Convenio sobre la igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100)
- Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183)
- Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158)
- Convenio sobre la política de empleo, 1964 (núm. 122)

Normas que toman en cuenta las necesidades de las mujeres y las de los hombres sin mencionarlos explícitamente

- Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156)
- Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182)
- Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial, 1994 (núm. 175)
- Convenio sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 177)

Fuente: OIT: *ABC de los derechos de las trabajadoras y la igualdad de género*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2008

11. CIF: *Derecho internacional del trabajo y derecho interno: Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho*, Centro Internacional de Formación de la OIT, Turín, 2009, p. 46.

- Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156)
- Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183)

Como lo ilustra el Recuadro N° 4, todos los países de la subregión han ratificado los Convenios núms. 100 y 111. El Convenio núm. 156 ha sido ratificado por el El Salvador y Guatemala. Únicamente este último país ha ratificado el Convenio sobre la protección a la maternidad (revisado), 1952 (núm. 103) y ningún país ha ratificado el Convenio núm. 183.

Recuadro N° 4. Centroamérica, Panamá y República Dominicana: Ratificación de los instrumentos clave la OIT para lograr la igualdad de género en el mundo del trabajo.

País	CI00	CI11	CI03	CI56
Costa Rica	02/06/1960	01/03/1962		
El Salvador	12/10/2000	15/06/1995		12/10/2000
Guatemala	02/08/1961	11/10/1960	13/06/1989	01/01/1994
Honduras	09/08/1956	20/06/1960		
Nicaragua	31/10/1967	31/03/1962		
Panamá	03/06/1958	16/05/1966		
R. Dominicana	22/09/1953	13/07/1964		

Nota: También forma parte de este grupo, el Convenio núm. 183, el cual, a enero de 2011, no había sido ratificado por ningún país de la subregión.

A continuación, un repaso sobre los principales aspectos de los instrumentos clave para la igualdad de género.

- Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100) y la Recomendación sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 90).**

Estos instrumentos fueron adoptados el 29 de junio de 1951. El Convenio núm. 100 entró en vigor el 23 de mayo de 1953. Este último establece que *“todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover, y en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”* (Art. 2, párrafo 1).

El Artículo 1 párrafo b) define la expresión *“igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”*, como las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo. Según el Artículo 1 párrafo 1, todo Miembro deberá, empleando medios a adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.

La obligación del Estado que ha ratificado el Convenio es asegurar la aplicación del principio de igualdad de remuneración, la cual se limita a los casos en que puede ejercer directa o indirectamente una influencia sobre el nivel de los salarios. En los otros casos, la obligación es promover la aplicación del principio.

Según el Artículo 2, párrafo 2 del Convenio, los medios para dar efecto al Convenio son: la legislación nacional, cualquier sistema para la fijación de la remuneración, establecido o reconocido por la legislación, los convenios colectivos entre los empleadores y los trabajadores y la acción conjunta de estos diversos medios.

- Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111) y Recomendación sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958**

Estos instrumentos fueron adoptados el 25 de junio de 1958. El Convenio núm. 111 entró en vigor el 15 de junio de 1960. Cuando se efectuaron los trabajos preparatorios del Convenio, el mundo se encontraba en fase de crecimiento económico; en ese momento se consideró que *“el logro y el mantenimiento de una situación de pleno empleo constituyen, por lo tanto, una de las condiciones que más pueden contribuir a la consecución de la igualdad de oportunidades de empleo”*. Esta afirmación sigue siendo válida actualmente, pero desde un punto de vista distinto. El mundo se encuentra en la actualidad enfrentado a una situación de desempleo generalizado y de transformaciones económicas, e incluso de recesión, que favorecen la marginación de los países menos adelantados y que crean tensiones sociales en muchos países. En este contexto es que, en materia de



discriminación, se observan retrocesos, así como la aparición de nuevas desigualdades¹².

El Artículo I del Convenio define el término discriminación 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*”. Según el estudio general de la CEACR sobre este Convenio¹³, se trata de una definición de carácter puramente descriptivo que diferencia tres elementos:

- un elemento de hecho (la existencia de una distinción, exclusión o preferencia originadas en un acto o en una omisión) que constituye la diferencia de trato;
- un motivo determinante de la diferencia de trato, y
- el resultado objetivo de tal diferencia de trato (o sea la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato).

Son siete los criterios de discriminación: raza, color, ascendencia nacional, sexo, religión, origen social y opinión política.

En lo que se refiere a la discriminación por sexo, según la CEACR, “*son las que se establecen utilizando todos los caracteres y funciones biológicas que diferencian al hombre de la mujer. Se entiende por distinciones fundadas en el sexo las que se crean en forma explícita o implícita en detrimento de uno u otro sexo... Las discriminaciones contra el empleo de mujeres suelen ser consecuencia de una presunción de inferioridad, cuando no están alimentadas por otras consecuencias que limitan las posibilidades de las mujeres de obtener un empleo o de conservarlo*”.

La discriminación fundada¹⁴ en el sexo incluye también las que se basan en el estado civil, la condición matrimonial y, más concretamente, las cargas de familia (en particular, en relación con las responsabilidades respecto de las personas a cargo), el embarazo y el parto. El mismo criterio es válido para ciertos requisitos o condiciones físicas que,

aparentemente, se imponen por igual a ambos sexos, pero que provocan una discriminación de hecho. Esto ocurre muchas veces, por ejemplo, cuando se imponen condiciones de altura o de peso en forma indiferenciada para hombres y mujeres. Todas estas discriminaciones suelen considerarse discriminaciones indirectas.

Los ámbitos comprendidos en el Convenio son el “empleo” y “ocupación”, términos que incluyen, en virtud del Artículo I párrafo 3 del Convenio, tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones, como también las condiciones de trabajo. La CEACR ha establecido que por “trabajo” debe entenderse no sólo “*las personas que tienen un empleo*”, sino también “*las personas que trabajan por su propia cuenta*”, así como los “empleadores” y los “trabajadores familiares no remunerados”¹⁵.

En consecuencia, el campo de aplicación del Convenio es muy amplio, puesto que se extiende a todos los sectores de actividad y abarca tanto los empleos públicos como los privados.

La protección no se limita al trato que se dé a una persona que ya ha sido admitida en un empleo o en una ocupación, también se hace extensiva expresamente a las posibilidades de admisión en el empleo o en la ocupación, y se refiere también al acceso a los medios de formación.

La Recomendación núm. 111 señala en su párrafo 2 b), que “*todas las personas, sin discriminación, deberían gozar de igualdad de oportunidades y de trato en relación con las cuestiones siguientes*:

- acceso a los servicios de orientación profesional y de colocación;
- acceso a los medios de formación profesional y admisión en un empleo de su propia elección, basándose en la aptitud individual para dicha formación o empleo;
- ascenso de acuerdo con la conducta, experiencia, capacidad y laboriosidad de cada persona;
- seguridad en el empleo;
- remuneración por un trabajo de igual valor;

12. Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR): *Igualdad en el empleo y la ocupación*, Estudio General, 1996, en <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/surveyq.htm>.

13. Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR): *Igualdad en el empleo y la ocupación*, Estudio General, 1996, en <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/surveyq.htm>.

14. Ibidem.

15. Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR): *Igualdad en el empleo y la ocupación*, Estudio General, 1996, en <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/surveyq.htm>.

- *condiciones de trabajo, entre ellas horas de trabajo, períodos de descanso, vacaciones anuales pagadas, seguridad e higiene en el trabajo, seguridad social, servicios sociales y prestaciones sociales en relación con el empleo”.*

Los empleadores no deberían practicar ni tolerar discriminaciones al contratar, formar, ascender o conservar en el empleo a cualquier persona o al fijar sus condiciones de trabajo (apartado d) del párrafo 2 de la Recomendación núm. 111). En virtud del artículo 3 del Convenio, los poderes públicos deben aplicar en todas sus actividades una política nacional de empleo sin ejercer discriminación alguna.

También la CEACR se refiere a lo que se ha dado en llamar “*discriminación estadística*”¹⁶, que puede equipararse a la reticencia (parecida a un prejuicio) por parte de los empleadores en contratar a determinadas personas, so pretexto de que poseen las características que se consideran “*típicas*” del grupo al que pertenecen. La amplia aceptación de la hipótesis según la cual hay diferencias de productividad en función del sexo constituye, por ejemplo, el fundamento de la discriminación estadística que se practica contra las mujeres.

Esta discriminación contribuye de dos formas a la segregación profesional. En primer lugar, la creencia, compartida entre algunos empleadores, de que las mujeres y los hombres presentan diferencias de productividad, puede inducirlos a favorecer a uno u otro sexo para la realización de una tarea determinada. Esto sigue alimentando la distinción discriminatoria entre los oficios considerados “*típicamente masculinos*” y los “*típicamente femeninos*”. En segundo lugar, si el empleador es de la opinión de que las mujeres tenderán más a abandonar el trabajo, para cuidar de sus hijos, por ejemplo, contratará a mujeres con una perspectiva a corto plazo, sobre todo para que ocupen puestos que requieren muy poca o ninguna formación, o bien una formación costeada por los propios trabajadores”¹⁷.

El Convenio establece tres tipos de medidas que no serán consideradas como discriminación:

- las que se basen en las calificaciones exigidas para un empleo determinado (Art. 1, párrafo 2);
- las que puedan estar justificadas por la protección de la seguridad del Estado (Art. 4), y
- las que tengan el carácter de medidas de protección o de asistencia (Art. 5).

Según el Artículo 2, todo Miembro para el cual el Convenio se halle en vigor se obliga a formular una política nacional cuyo objetivo sea la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación que se aplica directamente a los servicios y empleos sometidos al control de una autoridad nacional e, indirectamente, a través de medidas encaminadas a favorecer su aceptación en los demás sectores. También se exigen ciertas obligaciones inmediatas, como la revocación de las disposiciones legislativas discriminatorias y poner fin a las prácticas administrativas discriminatorias, así como indicar en su memoria anual las medidas adoptadas para llevar a cabo la política nacional y los resultados obtenidos (Art. 3 párrafos c) y f)).

iii. Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156) y la Recomendación sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 165)

Estos instrumentos fueron adoptados el 23 de junio de 1981. El Convenio núm. 156 entró en vigor el 11 de agosto de 1983. Toma en cuenta la Recomendación sobre el empleo de las mujeres con responsabilidades familiares de 1965, la cual actualiza, así como los instrumentos sobre igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres adoptados por las Naciones Unidas y otros organismos especializados. El preámbulo cita en forma particular el decimocuarto párrafo del preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979, en el que se indica que los Estados Partes reconocen que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia.

16. Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR): *Igualdad en el empleo y la ocupación*, Estudio General, 1996, en <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/surveyq.htm>

17. Ibidem.



El Convenio se aplica “a los trabajadores y a las trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella” (Art. 1, párrafo 1 y 2). También se aplica a los trabajadores y a las trabajadoras con responsabilidades respecto de otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten su cuidado o sostén. Su objetivo es crear la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación entre los trabajadores y las trabajadoras con responsabilidades familiares y entre estos y estas y aquellas personas sin esas responsabilidades.

En el Artículo 3 del Convenio establece que con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, cada Miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales.

En el Artículo 8 se señala, además, que la responsabilidad familiar no debe constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo.

iv. Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183) y la Recomendación sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 191)

Estos instrumentos fueron adoptados el 15 de junio de 2000. El Convenio núm. 183 entró en vigor el 7 de febrero de 2002. Hasta el momento no ha sido ratificado por ninguno de los países de la subregión.

Entre sus objetivos está revisar el Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952 (núm. 103)¹⁸ y la Recomendación sobre la protección de la maternidad, 1952 (núm. 95), “a fin de seguir promoviendo, cada vez más, la igualdad de todas las mujeres integrantes de la fuerza de trabajo y la salud y la seguridad de la madre y el niño, y a fin de reconocer la diversidad del desarrollo económico y

social de los Estados Miembros, así como la diversidad de las empresas y la evolución de la protección de la maternidad en la legislación y la práctica nacionales” (preámbulo).

En su Artículo 9 el Convenio establece que todo Miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo. Esto incluye la prohibición de exigir a una mujer que solicita un empleo que se someta a un examen para comprobar si está o no embarazada o bien que presente un certificado de dicho examen, excepto cuando esté previsto en la legislación nacional respecto de trabajos que estén prohibidos total o parcialmente para mujeres embarazadas o lactantes, o puedan presentar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer y del hijo.

Además, este Convenio en su Artículo 8 prohíbe al empleador despedir a una mujer que esté embarazada o durante la licencia por maternidad, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. Es importante recalcar que este mismo artículo establece que “la carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador”.

C. LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Junto a los Convenios de la OIT que han sido mencionados arriba, los instrumentos internacionales de derechos humanos, cada vez más específicos en cuanto a la consagración de los derechos de poblaciones tradicionalmente discriminadas (como mujeres, personas menores de edad, trabajadores migratorios, personas con discapacidad, entre otros), conforman un marco jurídico sobre el cual se asienta la igualdad, la equidad y la eliminación de toda forma de discriminación.

18. De los países de la subregión, únicamente Guatemala ha ratificado el Convenio núm. 103 el 13 de junio de 1989.

Los instrumentos universales de los derechos humanos son los siguientes:

- Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).
- Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979).
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984).
- Convención sobre los Derechos del Niño (1989).
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990).
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006).

En el ámbito interamericano se destacan los siguientes instrumentos:

- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “*Protocolo de San Salvador*” (1988).
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “*Convención de Belém do Pará*” (1994).

Es importante enfatizar en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la cual define discriminación contra la mujer como “*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*” (Art. 1).

Asimismo, la CEDAW en su Artículo 11, párrafo 2, estipula que a fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la

efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

- Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;
- Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales;
- Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;
- Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

Recuadro N° 5. Centroamérica, Panamá y República Dominicana: Ratificación de la CEDAW y la Convención de Belém do Pará.

País	CEDAW	Conv. Belém do Pará
Costa Rica	04/04/1986	12/07/1995
El Salvador	14/08/1981	26/01/1996
Guatemala	12/08/1982	04/04/1995
Honduras	03/03/1983	12/07/1995
Nicaragua	17/07/1980	12/12/1995
Panamá	26/06/1980	12/07/1995
R. Dominicana	17/07/1980	07/03/1996

Por su parte, la Convención de Belém do Pará, en su Artículo 1, define violencia contra la mujer como “*cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado*” e incluye, en su Artículo 2 párrafo b., aquella “*que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar*” (el subrayado no es del original).



Una visión comparada de las legislaciones de la subregión

SEGUNDA PARTE

A. LA INCORPORACIÓN DE LOS CONVENIOS AL DERECHO INTERNO

Las posibilidades de utilización judicial del derecho internacional dependen en parte del sistema nacional de incorporación del derecho internacional al derecho interno. Al respecto, se distinguen los países monistas de los llamados dualistas. Son monistas “los países en los cuales el derecho interno y el derecho internacional se tienen como integrantes de la misma esfera jurídica y donde, como consecuencia, los tratados ratificados son parte integral del derecho nacional”¹⁹. Por su parte, los dualistas son “los países en los que derecho nacional y derecho internacional son concebidos como dos esferas herméticas y separadas, no bastando la ratificación de los tratados internacionales para integrarlos al derecho interno. La aplicabilidad de las disposiciones de los tratados ratificados en el plano nacional depende entonces de su trasposición en el ordenamiento jurídico del país a través de una ley posterior a la ratificación”²⁰.

Los países centroamericanos pertenecen al sistema monista, como todos aquellos de tradición romano germánica. En ese sentido, y en términos generales, los instrumentos de derecho internacional tienen autoridad superior a las leyes, según las disposiciones constitucionales de la mayoría de los países.²¹

Así, en Nicaragua el Artículo 46 de la Constitución se refiere a la plena vigencia de los derechos consignados en los principales instrumentos de derechos humanos²².

Dichos derechos son enumerados de manera expresa, y, por lo tanto, se considera que adquieren rango constitucional. Aquellos instrumentos no citados por la norma constitucional adquirirían rango suprallegal²³.

En Costa Rica, la jurisprudencia constitucional ha establecido que en el caso de los instrumentos internacionales de derechos humanos “tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que, en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución”²⁴.

Por su parte, en Guatemala, el Artículo 46 de la Constitución estipula: “Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”. Al respecto, la Corte de Constitucionalidad de ese país ha interpretado que los tratados y convenciones ingresan al ordenamiento jurídico “... con carácter de norma constitucional que concuerde con su conjunto, pero nunca con potestad reformadora y menos

19. CIF: *Derecho internacional del trabajo y derecho interno: Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho*, Centro Internacional de Formación de la OIT, Turín, 2009, p. 14.

20. Ibidem.

21. Art. 7 Constitución de Costa Rica, Art. 74 inc. 3 Constitución de República Dominicana, Art. 144 Constitución de El Salvador, Art. 16 Constitución de Honduras, Art. 46 Constitución de Guatemala.

22. Señala el Art. 46 de la Constitución de Nicaragua: “En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos”.

23. OIT-IPEC: *Reflexiones sobre la aplicación de los convenios de la OIT sobre trabajo infantil y sus peores formas en América Central y República Dominicana*, Oficina Internacional del Trabajo, San José, 2006, p. 73.

24. Sala Constitucional de Costa Rica, N° 1319-1997 de las 14:50 hrs. del 4 de marzo de 1997, citado por OIT-IPEC, op.cit.

derogatoria de sus preceptos por la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la propia Constitución...”²⁵.

Un caso particular lo constituye Panamá donde los tratados internacionales, según interpretación jurisprudencial, “solo tienen formalmente valor de ley y carecen de jerarquía constitucional (...) excepcionalmente podrían integrar el bloque de constitucionalidad convenios internacionales que consagran derechos fundamentales”²⁶. Le corresponde al Pleno de la Corte Suprema de Justicia de ese país, establecer en cada caso concreto cuándo una norma de derecho internacional debe ser integrada al bloque de constitucionalidad. En lo que respecta a los Convenios de la OIT el Pleno de la Corte panameña, ha declarado formalmente que no integran el bloque de constitucionalidad y, en consecuencia, esos instrumentos tienen rango de ley²⁷.

Los Convenios de la OIT pueden ser utilizados por los tribunales nacionales de las siguientes formas²⁸:

- para resolver directamente un litigio;
- para interpretar disposiciones de derecho interno;

- como fuente de inspiración para el reconocimiento de un principio jurisprudencial;
- para reforzar una solución fundada en el derecho nacional.

La OIT ha recopilado una serie de sentencias de diferentes partes del mundo, que ejemplifican la utilización de los Convenios por parte de los tribunales nacionales²⁹.

En la subregión de Centroamérica y República Dominicana también se pueden encontrar algunos ejemplos de utilización judicial de los Convenios de la OIT, como se verá a lo largo del presente trabajo. Es importante destacar una sentencia de Guatemala, del Juzgado de Primera Instancia de Trabajo de Quetzaltenango, en que la jueza aplicó directamente el Convenio núm. 103 de la OIT para fundamentar la reinstalación de una trabajadora del sector público que había sido despedida en el período de lactancia (véase Recuadro N° 6).

Recuadro N° 6. Guatemala: Reinstalación de una trabajadora del sector público que había sido despedida en período de lactancia: aplicación directa del derecho internacional (Convenio núm. 103 de la OIT).

“a) La reinstalación en el caso que nos ocupa nace como una institución regulada en la ley supletoria común aplicable en este caso como lo es el código de Trabajo en su artículo 151 inciso c) de conformidad con el artículo 5to. de la Ley de Servicio Civil, aplicando también en este caso el Convenio Internacional número 103 que protege la maternidad y la lactancia en aplicación del artículo 102 de la constitución Política literales k) y t) ésta última literal mencionada, que se refiere a que los convenios internacionales ratificados por el Estado de Guatemala se convierten en derechos mínimos para los trabajadores y en este caso el Convenio 103 no hace distinción entre trabajadores del sector privado o del sector público;

b) El despido o destitución que en este caso se pide la declaratoria de nulo no se hizo como consecuencia de ninguna de las literales del artículo 76 de la Ley de Servicio civil, sino que se hizo indicando que era por reorganización, sin tomar en cuenta que la trabajadora estaba en periodo de lactancia y que por ello gozaba de inamovilidad conforme al Convenio Internacional 103 ratificado por Guatemala y por ende para su despido agotarse un procedimiento judicial previo para establecer si procede o no, lo cual la parte demandada no cumplió; por lo cual el despido al haber violado normas prohibidas (sic) es nulo de pleno derecho;...”

Juzgado de Primera Instancia de Trabajo de Quetzaltenango, Guatemala, Expediente 55-2006, 17/07/2006.

25. Gaceta Jurisprudencial, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, núm. 18, p. 99, Sentencia 19-10-90, citado por OIT-IPEC, op.cit.

26. Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, fallo de 12 de agosto de 1994, citado por OIT-IPEC, op. cit., p. 60.

27. Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, fallo del 30 de diciembre de 1993, reiterado por el fallo del 23 de marzo de 1999.

28. CIF: *Derecho internacional del trabajo y derecho interno: Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho*, Centro Internacional de Formación de OIT, Turín, 2009, p. 17.

29. CIF (2009): *Utilización del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales. Recopilación de sentencias*, OIT, Turín.



B. EL DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL TRABAJO

Todas las Constituciones de los países de la subregión, cuentan con disposiciones constitucionales que consagran el derecho a la igualdad y/o el derecho a la no discriminación (véase el Recuadro N° 7). Las Constituciones de El Salvador, Guatemala, Nicaragua y Panamá se refieren de manera concreta a la prohibición de discriminar por una serie de motivos, entre ellos el sexo. Honduras declara punible toda discriminación por motivo de sexo, raza, clase y cualquier otra lesiva a la dignidad humana. Sin embargo, ese país mantiene una redacción sexista en el párrafo primero del Artículo 60 al señalar que “*todos los hombres nacen libres...*” y “*todos los hondureños...*”.

Recuadro N° 7. Centroamérica, Panamá y República Dominicana: Disposiciones constitucionales sobre la igualdad y la no discriminación.

Costa Rica Constitución Política	Art. 33. Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.
El Salvador Constitución de la República	Art. 3. Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión. No se reconocen empleos ni privilegios hereditarios.
Guatemala Constitución Política	Art. 4. Libertad e igualdad. En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí.
Honduras Constitución Política	Art. 60. Todos los hombres nacen libres e iguales en derechos. En Honduras no hay clases privilegiadas. Todos los hondureños son iguales ante la Ley. Se declara punible toda discriminación por motivo de sexo, raza, clase y cualquier otra lesiva a la dignidad humana. La Ley establecerá los delitos y sanciones para el infractor de este precepto.
Nicaragua Constitución Política	Art. 27. Todas las personas son iguales ante la ley y tiene derechos a igual protección. No habrá discriminación por motivo de nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o condición social. Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos que los nicaragüenses, con la excepción de los derechos políticos y los que establezcan las leyes; no pueden intervenir en los asuntos políticos del país. El Estado respeta y garantiza los derechos reconocidos en la presente Constitución a todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sujetas a su jurisdicción.
Panamá Constitución Política	Art. 19. No habrá fueros o privilegios ni discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas. Art. 20. Los panameños y los extranjeros son iguales ante la ley...
República Dominicana Constitución	Art. 39. Derecho a la igualdad. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las instituciones, autoridades y demás personas y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de género, color, edad, discapacidad, nacionalidad, vínculos familiares, lengua, religión, opinión política o filosófica, condición social o personal. En consecuencia: (...) 4) La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Se prohíbe cualquier acto que tenga como objetivo o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos fundamentales de mujeres y hombres. Se promoverán las medidas necesarias para garantizar la erradicación de las desigualdades y la discriminación de género.

El lenguaje sexista aún es común en la legislación de los diferentes países. Por ejemplo, la primera parte del Artículo 37 de la Constitución salvadoreña señala que el Estado *“empleará todos los recursos que estén a su alcance para proporcionar ocupación al trabajador, manual o intelectual, y para asegurar a él y a su familia las condiciones económicas de una existencia digna”*. Esta disposición, además de su lenguaje sexista, refuerza la creencia de que el hombre es el proveedor principal de la familia.

No obstante, ha habido una serie de reformas importantes tendientes a incorporar la dimensión de género en el lenguaje de las normas jurídicas, por ejemplo en Costa Rica en el año 1999 se reformó la Constitución Política, específicamente el artículo 33, que se refería que *“todo hombre es igual ante la ley”*, para adoptar la redacción actual que señala que *“toda persona es igual ante la ley...”*.

Un concepto que aún no se ha incorporado en las legislaciones de la subregión es el de la *“discriminación múltiple”*, es decir, aquella que se produce cuando una persona es discriminada por diferentes razones (raza, género, etc.) en diversos momentos³⁰. Este concepto, que ha sido reconocido expresamente en la Conferencia de Naciones Unidas contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y la Intolerancia (Durban 2001), ha entrado con fuerza en la agenda de las instituciones comunitarias europeas, pero aún no ha sido abordado por las legislaciones centroamericanas.

Le corresponde a la legislación de los diferentes países, desarrollar el concepto de igualdad y no discriminación en el trabajo. Al respecto confluyen las normas laborales y penales (en algunos países), así como las leyes especiales de igualdad aprobadas en ciertos países.

Honduras, El Salvador y Nicaragua cuentan con normas penales que sancionan la discriminación.

El Código Penal hondureño establece en su Artículo 321, la sanción con prisión de tres a cinco años y multa de 30.000 a 50.000 Lempiras, *“a quien haga objeto de discriminación a otra persona por motivo de sexo, raza, edad, clase, religión,*

militancia partidista o política, adolecimiento de alguna discapacidad y cualquier otra lesiva a la dignidad humana”. Además, la Ley de Igualdad de Oportunidades de ese país, establece que *“los actos de discriminación serán nulos y quienes los realicen serán sancionados con multa de 5.000 Lempiras por la primera vez”*. Esta contradicción entre dos normas crea conflictos en la aplicación e interpretación. Un estudio de FUNPADEM se refiere a la importancia de armonizar estas normas y sus respectivas sanciones³¹.

El Código Penal de El Salvador en su Artículo 246 sanciona con prisión de seis meses a dos años al que *“producere una grave discriminación en el trabajo por razón de su sexo, estado de gravidez, origen, estado civil o familiar, raza, condición social o física, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores de la empresa, y no restableciere la situación de igualdad ante la ley, después de los requerimientos o sanción administrativa, reparando los daños económicos derivados”*.

El Código Penal de Nicaragua³², en el artículo 315 párrafo primero, reza *“Quien discrimine en el empleo por razón de nacimiento, nacionalidad, afiliación política, raza, origen étnico, opción sexual, género, religión, opinión, posición económica, discapacidad, condición física, o cualquier otra condición social, será penado con prisión de seis meses a un año y de noventa a ciento cincuenta días multa”*.

En el ámbito laboral, los Códigos de Trabajo desarrollan la prohibición de discriminar en el trabajo (véase el Recuadro N° 8). Con excepción del Código panameño que no se refiere en forma expresa a la no discriminación en el trabajo. Sin embargo, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que de las normas constitucionales que establecen los principios de prohibición de la discriminación y de los privilegios (Art. 19 Constitución Nacional) y de la igualdad ante la ley (Art. 20 de la Constitución Nacional), se desprende un principio constitucional de “prohibición de

30. Rey Martínez, F.: *La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo*, Valladolid, www.oberaxe.es/files/datos/.../discriminacionmultiple.pdf, p. 10

31. FUNPADEM: *Discriminación de género y derechos laborales de las mujeres*. Estudio nacional sobre la discriminación femenina por razones de género, con énfasis en la maquila textil de Honduras, Proyecto Cumple y Gana, San José, 2008, p. 68.

32. Código Penal de Nicaragua.



Recuadro N° 8. Centroamérica y República Dominicana: Prohibición de discriminar a la mujer en el trabajo.

Costa Rica

Art. 618. Prohíbese toda discriminación en el trabajo por razones de edad, etnia, género o religión.

Art. 619. Todos los trabajadores que desempeñen un trabajo igual gozarán de los mismos derechos, igual jornada laboral y remuneración igual, sin discriminación alguna por edad, etnia, género o religión.

Art. 620. Prohíbese el despido de los trabajadores por razones de edad, etnia, género o religión.

Art. 622. Todas las personas, sin discriminación alguna, gozarán de las mismas oportunidades para obtener empleo y deberán ser consideradas elegibles en el ramo de su especialidad, siempre y cuando reúnan los requisitos formales solicitados por el patrono o la parte contratante.

(Ley N° 8107 de 18 de julio del 2001 que adiciona el Código de Trabajo).

El Salvador

Art. 30. Se prohíbe a los patronos:

12. Establecer cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, salvo las excepciones previstas por la Ley con fines de protección de la persona del trabajador.

13. Exigir a las mujeres que solicitan empleo, que se sometan a exámenes previos para comprobar si se encuentran en estado de gravidez, así como exigirles la presentación de certificados médicos de dichos exámenes, como requisitos para su contratación.

(Código de Trabajo, Decreto Legislativo N° 15 del 23 de julio de 1972).

Honduras

Art. 44. La Secretaría de Estado en los Despachos de Trabajo y Seguridad Social, exigirá que a trabajo igual corresponda salario igual, sin discriminación alguna, siempre que el puesto, la jornada y las condiciones de eficiencia y tiempo de servicio sean también iguales.

Art. 46. El Estado no permitirá ninguna clase de discriminación basada en el género o en la edad que tenga el hombre o la mujer, con el fin de anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la capacitación.

Se prohíbe a los empleadores solicitar pruebas de embarazo como requisito previo para optar a un empleo.

(Ley de Igualdad de Oportunidades para la Mujer, Decreto 34-2000).

Guatemala

Art. 151. Se prohíbe a los patronos:

a. Anunciar por cualquier medio, sus ofertas de empleo, especificando como requisito para llenar las plazas el sexo, raza, etnia y estado civil de la persona, excepto por la naturaleza propia del empleo, éste requiera de una persona con determinadas características. En este caso el patrono deberá solicitar autorización ante la Inspección General de Trabajo y la Oficina Nacional de la Mujer.

b. Hacer diferencia entre mujeres solteras y casadas y/o con responsabilidades familiares, para los efectos del trabajo.

(Código de Trabajo, Decreto N° 330 de 5 de mayo de 1961).

Nicaragua

Principio XI. La mujer y el hombre son iguales en el acceso al trabajo y la igualdad de trato de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República

Art. 138. La mujer trabajadora gozará de todos los derechos garantizados en este Código y demás leyes sobre la materia en igualdad de condiciones y oportunidades y no podrá ser objeto de discriminación por su condición de mujer. Su salario estará de acuerdo a sus capacidades y al cargo que desempeñe.

(Código de Trabajo, Ley núm. 185 de 1996).

República Dominicana

Principio fundamental VII. Se prohíbe cualquier discriminación, exclusión o preferencia basada en motivos de sexo, edad, raza, color, ascendencia nacional, origen social, opinión política, militancia sindical o creencia religiosa, salvo las excepciones previstas por la ley con fines de protección a la persona del trabajador. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no están comprendidas en esta prohibición.

Art. 231. La mujer goza de los mismos derechos y tiene los mismos deberes que el hombre en lo que concierne a las leyes de trabajo, sin más excepciones que las establecidas en el presente título, cuyo propósito es la protección de la maternidad. (Código de Trabajo, Ley núm. 1692 de 29 de mayo de 1992).

discriminación en el empleo”³³, el cual se aplica “*cuando la norma sin razón objetiva alguna, y respondiendo a criterios subjetivos, ha establecido desigualdades en el tratamiento a las personas (...) no sólo aplicable a salarios, sino también a condiciones de trabajo*”.³⁴

Además, cabe resaltar el Artículo 67 del CT panameño que consagra que a trabajo igual en idénticas condiciones, corresponde siempre igual salario o sueldo, cualesquiera que sean las personas que lo realicen, sin distinción de sexo, nacionalidad, edad, raza, clase social, ideas políticas o religiosas.

Los CT de Nicaragua y República Dominicana consagran la igualdad y la prohibición de discriminación como principios y, además, se refieren a la igualdad de la mujer, de manera específica.

Sin embargo, el CT dominicano “*no describe actuaciones que podrían considerarse como discriminatorias, ni establece ningún mecanismo sancionador cuando esta igualdad de derechos y obligaciones no es respetada. Es por esta razón que para determinar cuáles constituyen prácticas discriminatorias es necesario referirnos a los tratados (...), las opiniones de juristas y las actuaciones de la Secretaría de Estado de Trabajo*”³⁵.

El CT de Guatemala prohíbe a los patronos los anuncios de ofertas de empleo especificando requisitos como sexo, raza, etc., así como hacer diferencia entre mujeres solteras, casadas y/o con responsabilidades familiares.

Estas normas se complementan con el Artículo 14 bis del CT que prohíbe la discriminación en los establecimientos de asistencia social, educación, cultura, etc., y, el Artículo 137 bis que prohíbe la discriminación por motivo de sexo, raza, religión, credos políticos, situación económica, por la naturaleza de los centros en donde se obtuvo la formación escolar o académica y de cualquier otra índole para la obtención de empleo en cualquier centro de trabajo.

En Costa Rica en el año 2001 se introdujo en el Código de Trabajo el capítulo denominado “*prohibición de discriminar*” que contiene, además de la prohibición expresa de discriminar en el trabajo por razones de edad, etnia, género o religión, el principio de que a igual trabajo iguales derechos (Art. 619), la prohibición de despedir por las razones ya mencionadas (Art. 620), el principio de iguales oportunidades para obtener un empleo (Art. 622). Se señala, además, que toda discriminación que perjudique a un trabajador por motivos de edad, etnia, género o religión podrá ser denunciada ante los tribunales de trabajo (Art. 623). Si se comprueba que los patronos han cesado a trabajadores por esos motivos discriminatorios deberán reinstalarlos e indemnizarlos (Art. 624).

En dos países la no discriminación en el trabajo está establecida en leyes especiales de igualdad: Honduras y Nicaragua. En Honduras se trata de la Ley de Igualdad de Oportunidades para la Mujer, vigente desde el año 2000. Las normas citadas (arts. 44 y 46) se complementan con las del CT hondureño, en particular los arts. 12 y 128 que se relacionan con el principio de no discriminación e igualdad en materia de salario.

33. Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Acción de inconstitucionalidad interpuesta en contra del artículo 104 del Código de Trabajo, 29 de abril de 1994.

34. Fábrega, citado por Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Fallo del 29 de abril de 1994.

35. Proyecto Cumple y Gana: Roles en tensión: madres y trabajadoras en las zonas francas dominicanas, FUNPADEM, San José, 2007, p. 51.



En Nicaragua en el año 2008 se aprobó la Ley de Igualdad de Derechos y Oportunidades³⁶ cuyo objeto es “promover la igualdad y equidad en el goce de los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales entre mujeres y hombres; establecer los principios generales que fundamenten políticas públicas dirigidas a garantizar el ejercicio efectivo en la igualdad real, en la aplicación de la norma jurídica vigente de mujeres y hombres, para asegurar el pleno desarrollo de la mujer y establecer los mecanismos fundamentales a través de los cuales todos los órganos de la administración pública y demás Poderes del Estado, gobiernos regionales y municipales garantizarán la efectiva igualdad entre mujeres y hombres”.

El Artículo 19 de esa ley se refiere a los lineamientos que deben contemplar las políticas de empleo, planes, programas y proyectos de inserción laboral

(Recuadro N° 9). Además, el Artículo 20 segundo párrafo señala que “en las ocupaciones donde se compruebe que las mujeres reciben menor salario o beneficios laborales que los hombres, por iguales responsabilidades y calificaciones, el Ministerio de Trabajo tomará las providencias que garanticen la inmediata nivelación salarial o el trato igualitario en la aplicación de los beneficios laborales que correspondan. En caso de incumplimiento de las medidas correctivas dictadas o que como consecuencia de la imposición de tales medidas se provoque el despido o cualquier otro tipo de trato injusto o discriminatorio contra la mujer, la autoridad competente deberá imponer y aplicar las sanciones correspondientes que contra estos hechos establece nuestra legislación vigente”.

Recuadro N° 9. Nicaragua: Lineamientos que deben contemplar las políticas de empleo según la Ley de Igualdad de Derechos y Oportunidades.

Art. 19. En las políticas de empleo, planes, programas y proyectos de inserción laboral deberán aplicar los siguientes lineamientos:

1. Incluir en las políticas de empleo las disposiciones contenidas en la presente Ley a fin de lograr la igualdad real en el ejercicio de los derechos laborales entre mujeres y hombres, el acceso al trabajo, a las relaciones laborales y a las condiciones generadas por las mismas.
2. Las mujeres y los hombres deben recibir igual salario por igual trabajo, acorde con su experiencia laboral, preparación académica, nivel de responsabilidad del cargo, así mismo gozar de los derechos laborales y beneficios sociales que les corresponde.
3. Los requisitos y criterios de selección del personal que se establezcan, deberán contemplar la igualdad de acceso y de oportunidades entre mujeres y hombres, sin discriminación. Queda estrictamente prohibida la exigencia de la prueba de embarazo para optar a un empleo.
4. Los empleadores adoptarán medidas especiales para hacer efectiva la existencia de plazas para mujeres y hombres con necesidades o capacidades diferentes.
5. Las ofertas de empleo deberán ser formuladas sobre la base de los requisitos exigibles para su desempeño, sin que el sexo del postulante sea un criterio de elegibilidad.
6. El organismo competente en la materia de capacitación laboral y demás instituciones encargadas de ofrecer capacitación para el fomento del empleo o del mejoramiento empresarial, deberán considerar la igualdad de oportunidades tanto en los cupos que se asignen para estas actividades como en los contenidos que se impartan.
7. El registro nacional de la situación del empleo y los salarios deberá ser periódico y desagregado por sexo.
8. Garantizar la protección de los derechos laborales de las mujeres trabajadoras, de conformidad a las leyes laborales vigentes e instrumentos internacionales ratificados por la República de Nicaragua en materia laboral.

36. Ley de Igualdad de Derechos y Oportunidades de Nicaragua, N° 648 del 14 de febrero de 2008. Publicada en La Gaceta N° 51 del 12 de marzo de 2008.

9. El Estado incentivará la firma de acuerdos sobre normas o estándares de productividad y de situación laboral de las mujeres en las Zonas Francas, sobre la base de acuerdos sub-regionales y de principios éticos, que garanticen condiciones de trabajo digno y salario justo a las mujeres.
10. Igualmente fomentará la comprensión y el establecimiento de acuerdos para que en la convención colectiva se incluyan cláusulas que promuevan la igualdad en el empleo, el salario y demás áreas de posible incidencia de prácticas discriminatorias.

Ley de Igualdad de Derechos y Oportunidades de Nicaragua, N° 648 del 14 de febrero de 2008. Publicada en La Gaceta N° 51 del 12 de marzo de 2008.

Además de estas normas que consagran la igualdad y la no discriminación, aún están vigentes prohibiciones al trabajo de las mujeres, ya sea nocturno o en condiciones peligrosas o insalubres, que son una reproducción de aquellos convenios de la OIT de principios del siglo XX³⁷, a los que ya se hizo referencia, y que sustentan una visión de las mujeres como indefensas e incapaces de tomar decisiones por sí mismas.

En ese sentido, la Constitución panameña prohíbe el trabajo de “los menores y de las mujeres” en ocupaciones insalubres (Art. 70 párrafo segundo), al igual que el Artículo 38 numeral 10 de la Constitución salvadoreña, y la costarricense en su Artículo 71 establece que las leyes darán protección especial a “las mujeres y a los menores de edad en su trabajo”.

Los CT reproducen y amplían estas prohibiciones, así por ejemplo:

- el Artículo 130 del CT hondureño establece que “dentro de la jornada ordinaria de trabajo, las mujeres y los menores gozarán de un descanso intermedio de dos (2) horas”;
- el Artículo 87 del CT de Costa Rica prohíbe en forma absoluta “contratar el trabajo de las mujeres y de los menores de dieciocho años para desempeñar labores insalubres, pesadas o peligrosas, en los aspectos físico o moral, según la determinación que de éstos se hará en el reglamento”;

- el numeral 147 del CT de Guatemala estipula que “el trabajo de las mujeres y menores de edad debe ser adecuado a... sus condiciones o estado físico y desarrollo intelectual y moral”;
- el CT salvadoreño, en sus arts. 106 y 108, prohíbe a las mujeres la realización de labores insalubres o peligrosas, con excepción de las labores de cocina, carnicería o faenas semejantes, en clara alusión a la cocina y lugares similares, considerados espacios “naturales” de las mujeres³⁸;
- en Panamá, el Artículo 104 –declarado parcialmente inconstitucional, como se verá más adelante– prohíbe el trabajo de las mujeres en labores insalubres.

i. La protección al proceso reproductivo

Las Constituciones de los países de la subregión consagran la protección a los derechos de la mujer trabajadora embarazada. Así, por ejemplo, se pueden citar las siguientes disposiciones:

- El Estado otorgará especial protección a la madre (Art. 51 Constitución Política de Costa Rica).
- La maternidad, sea cual fuere la condición social o el estado civil de la mujer, gozará de la protección de los poderes públicos y genera derecho a la asistencia oficial en caso de desamparo (Art. 55.6 Constitución República Dominicana).

37. Al respecto la CEACR ha señalado que la protección a la mujer en el trabajo nocturno no debe infringir sus derechos de igualdad de oportunidad y de trata. OIT: Trabajo nocturno de las mujeres en la industria, Estudio general, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Conferencia Internacional del Trabajo, 89.ª reunión, 2001.

38. Proyecto Cumple y Gana: Equidad e igualdad de género en el trabajo de las mujeres... un compromiso de todos y todas: Estudio nacional sobre discriminación laboral femenina por razones de género, con énfasis en la maquila, Proyecto Cumple y Gana, PEyGE, FUNDAPADEM, San José, 2008, p. 65.



Derecho al descanso remunerado y a la conservación del empleo, obligación de los patronos de instalar y mantener salas cunas y lugares de custodia para los niños de trabajadores (Art. 42 de la Constitución de El Salvador).

- Protección a la mujer trabajadora. La ley regulará la protección a la maternidad de la mujer trabajadora, a quien no se le debe exigir ningún trabajo que requiera esfuerzo que ponga en peligro su gravidez. La madre trabajadora gozará de un descanso forzoso retribuido con el ciento por ciento de su salario, durante los treinta días que precedan al parto y los cuarenta y cinco días siguientes. En la época de lactancia tendrá derecho a dos períodos de descanso extraordinarios, dentro de la jornada. Los descansos pre y postnatal será ampliados según sus condiciones físicas, por prescripción médica (Art. 102 inc. k) Constitución de Guatemala).
- Derecho de la mujer a descanso antes y después del parto, sin pérdida de su trabajo ni de su salario, derecho a la lactancia, estabilidad laboral para la mujer grávida (Art. 128 inc. I I. Constitución de Honduras).
- Se protege la maternidad de la mujer trabajadora. Se otorga estabilidad laboral, descanso forzoso, conservación del empleo, al reincorporarse la madre trabajadora no podrá ser despedida por el término de un año (Art. 72 Constitución de Panamá).

Vale la pena destacar el Art. 74 de la Constitución nicaragüense (Recuadro N° 10), que establece la protección al proceso reproductivo y no a la maternidad, como lo hacen las otras Constituciones.

Recuadro N° 10. Nicaragua: protección constitucional al proceso reproductivo.

Art. 47. “El Estado otorga protección especial al proceso de reproducción humana. La mujer tendrá protección especial durante el embarazo y gozará de licencia con remuneración salarial y prestaciones adecuadas de seguridad social. Nadie podrá negar empleo a las mujeres aduciendo razones de embarazo ni despedirlas durante éste o en el período postnatal; todo de conformidad con la ley”.

Constitución Política de la República de Nicaragua.

Existe una importante diferencia conceptual entre la protección al proceso reproductivo y la protección a la maternidad. La protección a la maternidad refuerza la creencia de que las mujeres deben ser las que asuman toda la responsabilidad de la reproducción, mientras los hombres son espectadores, es “una forma de eximirlos de responsabilidades, incentivar la paternidad irresponsable y aventurar las diferencias de trato desfavorable para las mujeres, únicas a quienes, según este criterio, afecta la producción”³⁹.

Los CT regulan los aspectos que comprenden la protección a la maternidad (véase Recuadro N° 11): estabilidad laboral, licencia antes del parto y después de él, período para lactancia, entre otros.

El Convenio núm. 183 establece en su Artículo 4 párrafo 1 que toda mujer tendrá derecho a una licencia de maternidad de una duración de al menos catorce semanas. Como se puede observar en el Recuadro N° 11, Honduras concede una licencia de 10 semanas; República Dominicana, Nicaragua, El Salvador y Guatemala de 12 semanas; Panamá de 14 semanas y Costa Rica de 16 semanas. Únicamente estos dos últimos países están acordes con lo dispuesto por el Convenio núm. 183.

Todas las legislaciones garantizan estabilidad laboral a las trabajadoras embarazadas, para lo cual establecen un fuero o protección especial, en virtud del cual se limita la libertad de despido del empleador; pues se establece la prohibición de despido de la trabajadora mientras esté embarazada, en licencia pre parto y post parto y durante el período de lactancia. No obstante, esta prohibición no es absoluta, pues si el despido se debe a alguna de las causales de despido (establecidas en los CT) y no al embarazo o período de lactancia, éste es posible (con excepción de El Salvador donde la estabilidad es absoluta).

39. Jiménez, R. y Fernández, J.: *La igualdad en el derecho laboral centroamericano*, ILANUD, Programa Mujer, Justicia y Género, OIT, Proyecto para Mujeres Trabajadoras de la Maquila, San José, 2001, p. 50.

Recuadro N° II. Centroamérica, Panamá y República Dominicana: protección legal a la maternidad, según los Códigos de Trabajo.

País	Fuero de protección a mujer embarazada	Licencia pre parto y post parto	Período para lactancia	Otros aspectos relevantes
Costa Rica	-Prohibición de despedir a trabajadora embarazada o en período de lactancia, salvo por causa justificada (Art. 94 CT) - El patrono debe gestionar el despido ante la Inspección de Trabajo (Art. 94 CT). -Para gozar de la protección, la trabajadora deberá darle aviso de su estado al empleador y aportar certificación médica de la CCSS (Art. 94 CT). - La trabajadora puede pedir la reinstalación inmediata en caso de ser despedida en contravención con lo que dispone la ley o una indemnización por cesantía y daños y perjuicios. En período de lactancia tendrá derecho además de la cesantía a 10 días de salario (Art. 94 bis CT).	- Un mes anterior al parto y tres meses posteriores a él (Art. 95 CT).	- Los tres meses post parto se consideran período mínimo de lactancia, el cual, por prescripción médica podrá ser prorrogado (Art. 95 CT) - Toda madre podrá disponer en los lugares donde trabaje de un intervalo de 15 minutos cada 3 horas o de media hora 2 veces al día para amamantar a su hijo (Art. 97 CT).	- Todo patrono que ocupe en su establecimiento a más de 30 mujeres quedará obligado a acondicionar un local para que las madres amamenten sin peligro a sus hijos (Art. 100 CT).
El Salvador	-Desde que comienza el estado de gravidez, hasta que concluya el descanso post-natal, el despido de hecho o el despido con juicio previo no producirán la terminación del contrato, excepto cuando la causa haya sido anterior al embarazo (Art. 113 CT). - Será suficiente presentar al patrono una constancia médica expedida en papel simple, en la que se determine el estado de embarazo y la fecha probable del parto (Art. 310 CT).	- 12 semanas de licencia, 6 se tomarán obligatoriamente después del parto (Art. 309 CT)	- Derecho a interrupción del trabajo de hasta una hora diaria. Podrá fraccionarse en dos pausas de 30 minutos cada una (Art. 312 CT)	- La trabajadora debe haber trabajado los 6 meses anteriores para el mismo patrono, para tener derecho a la prestación económica de la licencia por maternidad (Arts. 311 y 309 CT).
Guatemala	- Se prohíbe despedir a las trabajadoras en estado de embarazo o período de lactancia, quienes gozan de inamovilidad, salvo por causa justificada originada en falta grave (Art. 151 inc. c) CT). - El patrono debe gestionar el despido ante los tribunales de trabajo (Art. 151 inc. c) CT). - En caso de que el patrono no cumpliera, la trabajadora podrá concurrir a los tribunales a ejercitar su derecho de reinstalación (Art. 151 inc. c) CT). - La trabajadora debe dar aviso de su estado, quedando desde ese momento provisionalmente protegida y dentro de los 2 meses siguientes aportar certificación médica para la protección definitiva (Art. 161 inc. d) CT).	- 30 días que preceden al parto y los 54 días siguientes. - Los días que no pueda disfrutar antes del parto, se le acumularán en la etapa post-parto, de tal manera que goce de 84 días efectivos (Art. 152 CT).	- Toda trabajadora en época de lactancia puede disponer en el lugar donde trabaja de media hora dos veces al día durante sus labores con el objeto de alimentar a su hijo (Art. 153 CT). - En época de lactancia la trabajadora podrá acumular las dos medias horas a que tiene derecho y entrar una hora después del inicio de la jornada o salir una hora antes de que ésta finalice (Art. 153 CT).	- Todo patrono que tenga a su servicio más de 30 trabajadoras queda obligado a acondicionar un local a propósito para que las madres alimenten sin peligro a sus hijos menores de 3 años y para que puedan dejarlos allí durante las horas de trabajo, bajo el cuidado de una persona idónea designada y pagada por aquél (Art. 155 CT).



País	Fuero de protección a mujer embarazada	Licencia pre parto y post parto	Período para lactancia	Otros aspectos relevantes
Honduras	- Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia (Art. 144 CT). - Para poder despedir a una trabajadora embarazada o los 3 meses posteriores al parto, el patrono necesita la autorización del Inspector de Trabajo o del Alcalde Municipal. - La trabajadora debe presentar un certificado médico, en el cual debe constar el estado de embarazo y la indicación del día probable del parto (Art. 135 CT).	- 4 semanas que precedan al parto y 6 que le sigan (Art. 135 CT).	- El patrono está en la obligación de conceder a la trabajadora 2 descansos de 30 minutos para alimentar a su hijo.	- Los patronos deben establecer en un lugar contiguo a aquel donde la mujer trabaja, una sala de lactancia o un lugar apropiado para guardar al niño.
Nicaragua	- La trabajadora en estado de gravidez o gozando de permiso prenatal, no podrá ser despedida, salvo causa justificada previamente establecida por el Ministerio de Trabajo (Art. 144 CT). - Para determinar la fecha de iniciación del descanso prenatal retribuido, la trabajadora tendrá la obligación de presentar al empleador un certificado médico expedido por el Ministerio de Salud, en el que conste la fecha probable del parto (Art. 142 CT).	- 4 semanas anteriores al parto y 8 posteriores o 10 en caso de partos múltiples (Art. 141 CT).	- La trabajadora dispondrá en los lugares de trabajo de 15 minutos cada tres horas durante la jornada de trabajo, para alimentar a su hijo (Art. 143 CT).	- El empleador suministrará lugares adecuados y sillas o asientos a disposición de las trabajadoras lactantes. - En los centros de trabajo donde laboren más de 30 mujeres, el empleador deberá acondicionar o construir un local adecuado para que las trabajadoras puedan amamantar a sus hijos (Art. 143 CT).
Panamá	- La mujer que se encuentre en estado de gravidez sólo podrá ser despedida de su empleo por causa justificada, y previa autorización judicial (Art. 106 CT). - Si una trabajadora es despedida sin que medie autorización previa, deberá presentar al empleador o a cualquier autoridad de trabajo un certificado médico, dentro de los 20 días siguientes al de la notificación de despido (Art. 106 CT). - La trabajadora presentará al empleador un certificado médico en el cual conste la fecha probable del parto, expedida por cualquier médico que esté al servicio del Estado, o de alguna de sus instituciones (Art. 108 CT)	- Seis semanas que preceden al parto y ocho que le sigan (Art. 107 CT).	- Toda madre cuando esté lactando dispondrá en los lugares donde trabaja de un intervalo de 15 minutos cada tres horas, o, si lo prefiere, de media hora dos veces al día durante sus labores (Art. 114 CT).	- Todo empleador que ocupe en el local o lugar de trabajo más de veinte mujeres, quedará obligado a acondicionar un local para que las madres alimenten sin peligro a sus hijos (Art. 114 CT). - Todo patrono que tenga a su servicio más de 20 trabajadores queda obligado a acondicionar un local a propósito para que las madres puedan dejarlos allí durante las horas de trabajo, bajo el cuidado de una persona idónea designada y pagada por aquél (Art. 142 CT).
República Dominicana	- La mujer no puede ser despedida de su empleo por el hecho de estar embarazada. Todo despido de mujer embarazada o dentro de los 5 meses después de la fecha del parto debe ser sometido previamente al Departamento de Trabajo o a la autoridad local, para que determine si obedece al hecho del embarazo o es consecuencia del parto (Art. 233 CT).	- Seis semanas que preceden a la fecha probable del parto y las seis semanas que le siguen (Art. 236 CT).	- Tres descansos remunerados durante su jornada, de 20 minutos cada uno, como mínimo, con el objeto de amamantar al hijo (Art. 240 CT).	- Durante el primer año del nacimiento del hijo, la trabajadora podrá disponer de medio día cada mes, según su conveniencia, para llevarlo a la atención pediátrica (Art. 243 CT).

En este sentido, en Panamá para que la trabajadora embarazada pueda ser despedida, el empleador debe solicitar mediante un proceso de desafuero (Art. 106 CT) la autorización de los tribunales de trabajo, ante los cuales deberá comprobar fehacientemente que existe causa justa de despido⁴⁰. Para este tipo de proceso la Corte Suprema ha señalado que se trata de un proceso abreviado de trabajo. Si la causa de despido es de naturaleza económica, la competencia es del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, pues es la autoridad administrativa la que debe comprobar y resolver la solicitud de despedir a los trabajadores, cuando se invocan causas económicas, y la mujer embarazada goza de preferencia para permanecer en la empresa⁴¹.

En Guatemala solo puede despedirse a la trabajadora embarazada o en período de lactancia, por causa justificada originada en falta grave a los deberes derivados del contrato⁴².

40. Las causas justificadas que facultan al empleador para dar por terminada la relación de trabajo están contempladas en el Art. 213 del CT panameño y pueden ser: de naturaleza disciplinaria, de naturaleza no imputable o de naturaleza económica.

41. Zamorano Abel Augusto: "Los fueros laborales y su proceso de reintegro en la legislación panameña" en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, s.f., p. 94.

42. Las causas justas que facultan al patrono para dar por terminado el contrato de trabajo, sin responsabilidad de su parte, están establecidas en el Art. 77 del CT guatemalteco y son las siguientes: a) que el trabajador se conduzca durante sus labores en forma abiertamente inmoral o acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra su patrono o los representantes de éste; b) el trabajador cometa alguno de los actos enumerados contra algún compañero de trabajo y que como consecuencia de ello se altere gravemente la disciplina o se interrumpan las labores; c) el trabajador, fuera del lugar donde se ejecutan las labores y en horas que sean de trabajo, acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra su patrono o contra sus representantes, siempre que dichos actos no hayan sido provocados y que como consecuencia de ellos se haga imposible la convivencia y armonía para la realización del trabajo; d) que el trabajador cometa un delito con falta contra la propiedad y en perjuicio del patrono, de los compañeros o en perjuicio de un tercero en el interior del establecimiento; e) el trabajador revele los secretos a que alude el inciso g) del artículo 63; f) el trabajador deje de asistir al trabajo sin permiso del patrono o sin causa justificada, durante dos días laborales completos y consecutivos o durante seis medios días laborales en un mismo mes calendario; g) el trabajador se niegue de manera manifiesta a adoptar las medidas preventivas o a seguir los procedimientos indicados para evitar accidentes o enfermedades; o cuando el trabajador se niegue en igual forma a acatar las normas o instrucciones que el patrono o sus representantes en la dirección de los trabajos, le indiquen con claridad para obtener la mayor eficacia y el rendimiento en las labores; h) el trabajador infrinja cualquiera de las prohibiciones del artículo 64, o del reglamento interior de trabajo debidamente aprobado, después de que el patrono lo aperciba una vez por escrito. No será necesario apercibimiento en el caso de embriaguez cuando, como consecuencia de ella, se ponga en peligro la vida o la seguridad de las personas o de los bienes del patrono; i) el

En ese caso, el patrono debe gestionar el despido ante los tribunales de trabajo para lo cual deberá comprobar la falta y no podrá hacer efectivo el mismo hasta no tener la autorización expresa y por escrito del Tribunal. En caso de que el patrono no cumpla con esta disposición, la trabajadora podrá concurrir a los tribunales a ejercitar su derecho de reinstalación en el trabajo y a que se le paguen los salarios dejados de devengar durante el tiempo que estuvo sin laborar (Art. 151.c) CT).

En Honduras, la trabajadora embarazada podrá ser despedida si incurre en alguna de las causas justas que señala el Artículo 112 CT⁴³.

trabajador; al celebrar el contrato haya inducido en error al patrono, pretendiendo tener cualidades, condiciones o conocimientos que evidentemente no posee, o presentándole referencias o atestados personales cuya falsedad éste luego compruebe, o ejecutando su trabajo en forma que demuestre claramente su incapacidad en la realización de las labores para las cuales haya sido contratado; j) el trabajador sufra la pena de arresto mayor o se le imponga prisión correccional, por sentencia ejecutoriada; k) el trabajador incurra en cualquier otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato.

43. Según el Art. 112 del CT de Honduras, son causas justas que facultan al patrono para dar por terminado el contrato de trabajo, sin responsabilidad de su parte: a) el engaño del trabajador o del sindicato que lo hubiere propuesto mediante la presentación de recomendaciones o certificados falsos sobre su aptitud. Esta causa dejará de tener efecto después de treinta (30) días de prestar sus servicios el trabajador; b) todo acto de violencia, injurias, malos tratamientos o grave indisciplina, en que incurra el trabajador durante sus labores, contra el patrono, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo; c) todo acto grave de violencia, injurias o malos tratamientos, fuera del servicio, en contra del patrono, de los miembros de su familia o de sus representantes y socios, o personal directivo, cuando los cometiere sin que hubiere precedido provocación inmediata y suficiente de la otra parte o que como consecuencia de ellos se hiciere imposible la convivencia o armonía para la realización del trabajo; d) todo daño material causado dolosamente a los edificios, obras, maquinaria o materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas; e) todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo, cuando sea debidamente comprobado ante autoridad competente; f) revelar los secretos técnicos o comerciales o dar a conocer asuntos de carácter reservado en perjuicio de la empresa; g) haber sido condenado el trabajador a sufrir pena por crimen o simple delito, en sentencia ejecutoriada; h) cuando el trabajador deje de asistir al trabajo sin permiso del patrono o sin causa justificada durante dos (2) días completos y consecutivos o durante tres (3) días hábiles en el término de un (1) mes; i) la negativa manifiesta y reiterada del trabajador a adoptar las medidas preventivas o a seguir los procedimientos indicados para evitar accidentes o enfermedades; o el no acatar el trabajador, en igual forma y en perjuicio del patrono, las normas que este o su representante en la dirección de los trabajos le indiquen con claridad, para obtener la mayor eficacia y rendimiento en las labores que se están ejecutando; j) la inhabilidad o la ineficiencia manifiesta del trabajador que haga imposible el cumplimiento del contrato; k) el descubrimiento de que el trabajador padece enfermedad infecciosa o mental incurable o la adquisición de



Para lo antes indicado, el patrono necesita la autorización del Inspector de Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario. Antes de resolver, el funcionario debe oír a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes. Cuando sea un Alcalde Municipal quien conozca de la solicitud de permiso, su providencia tiene carácter provisional y debe ser revisada por el Inspector de Trabajo residente en el lugar más cercano. Según el Artículo 144 del CT, la trabajadora despedida sin autorización de la autoridad tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de 60 días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo, y además, al pago de las 10 semanas de descanso remunerado de que trata este capítulo, si no lo ha tomado.

De manera similar, en Costa Rica únicamente es posible despedir a las trabajadoras en estado de embarazo o en período de lactancia, cuando incurra en una causa justificada originada en falta grave a los deberes derivados del contrato, conforme las causales establecidas en el Artículo 81 del CT⁴⁴.

enfermedad transmisible, de denuncia o aislamiento no obligatorio cuando el trabajador se niegue al tratamiento y constituya peligro para terceros; y, l) cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo con los artículos 97 y 98 o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, siempre que el hecho esté debidamente comprobado y que en la aplicación de la sanción se observe el respectivo procedimiento reglamentario o convencional.

44. Según el Art. 81 del CT de Costa Rica, son causas justas que facultan al patrono para dar por terminado el contrato de trabajo: a. Cuando el trabajador se conduzca durante sus labores en forma abiertamente inmoral, o acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra su patrono; b. Cuando el trabajador cometa alguno de los actos enumerados en el inciso anterior contra algún compañero, durante el tiempo que se ejecutan los trabajos, siempre que como consecuencia de ello se altere gravemente la disciplina y se interrumpan las labores; c. Cuando el trabajador, fuera del lugar donde se ejecutan las faenas y en horas que no sean de trabajo, acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra su patrono o contra los representantes de éste en la dirección de las labores, siempre que dichos actos no hayan sido provocados y que como consecuencia de ellos se haga imposible la convivencia y armonía para la realización del trabajo; d. Cuando el trabajador cometa algún delito o falta contra la propiedad en perjuicio directo del patrono o cuando cause intencionalmente un daño material en las máquinas, herramientas, materias primas, productos y demás objetos relacionados en forma inmediata e indudable con el trabajo; e. Cuando el trabajador revele los secretos a que alude el inciso g) del artículo 71; f. Cuando el trabajador comprometa con su imprudencia o descuido absolutamente inexcusable, la seguridad del lugar donde se realizan las labores o la de las personas que allí se encuentren; g. Cuando el trabajador deje de asistir al trabajo sin permiso del patrono, sin causa justificada durante los días consecutivos o durante más de

En este caso, el patrono deberá gestionar el despido ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo, para lo cual deberá comprobar la falta (Art. 94 CT). La trabajadora embarazada o en período de lactancia que fuere despedida en contravención con lo dispuesto en el artículo anterior, podrá gestionar ante el juez de Trabajo, su reinstalación inmediata en pleno goce de todos sus derechos (Art. 94 bis CT).

En República Dominicana, la trabajadora embarazada podrá ser despedida si incurre en alguna de las causas que justifican el despido, previstas en el Artículo 88 del CT⁴⁵. Para ello,

dos días alternos dentro del mismo mes- calendario. h. Cuando el trabajador se niegue de manera manifiesta y reiterada a adoptar las medidas preventivas o a seguir los procedimientos indicados para evitar accidentes o enfermedades; o cuando el trabajador se niegue en igual forma a acatar, en perjuicio del patrono, las normas que éste o su representantes en la dirección de los trabajos le indique con claridad para obtener la mayor eficacia y rendimiento en las labores que se están ejecutando; i. Cuando el trabajador, después de que el patrono lo aperciba por una vez, incurra en las causales previstas por los incisos a), b), c), d) y e) del artículo 72; j. Cuando el trabajador al celebrar el contrato haya inducido en error al patrono, pretendiendo tener cualidades, condiciones o conocimientos que evidentemente no posee, o presentándole referencias o atestados personales cuya falsedad éste luego compruebe, o ejecutando su trabajo en forma que demuestre claramente su incapacidad en la realización de las labores para las cuales ha sido contratado; k. Cuando el trabajador sufra prisión por sentencia ejecutoria; y l. Cuando el trabajador incurra en cualquier otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato. Es entendido que siempre que el despido se funde en un hecho sancionado también por las leyes penales, quedará a salvo el derecho del patrono para entablar las acciones correspondientes ante las autoridades represivas comunes.

45. Según el Art. 88 del CT de República Dominicana, el empleador puede dar por terminado el contrato de trabajo despidiendo al trabajador por cualquiera de las siguientes causas: 1. por haber el trabajador inducido a error al empleador pretendiendo tener condiciones o conocimientos indispensables que no posee, o presentándole referencias o certificados personales cuya falsedad se comprueba luego; 2. por ejecutar el trabajo en forma que demuestre su incapacidad e ineficiencia. Esta causa deja de tener efecto a partir de los tres meses de prestar servicios el trabajador; 3. por incurrir el trabajador durante sus labores en faltas de probidad o de honradez, en actos o intentos de violencias, injurias o malos tratamientos contra el empleador o los parientes de éste bajo su dependencia; 4. por cometer el trabajador, contra algunos de sus compañeros, cualesquiera de los actos enumerados en el apartado anterior, si ello altera el orden del lugar en que trabaja; 5. por cometer el trabajador, fuera de servicio, contra el empleador o los parientes que dependen de él, o contra los jefes de la empresa, algunos de los actos a que se refiere el ordinal 3. del presente artículo; 6. por ocasionar el trabajador, intencionalmente, perjuicios materiales, durante el desempeño de las labores o con motivo de éstas, en los edificios, obras, maquinarias, herramientas, materias primas, productos y demás objetos relacionados con el trabajo; 7. por ocasionar el trabajador los perjuicios graves, mencionados en el ordinal anterior, sin intención, pero con negligencia o imprudencia de tal naturaleza que sean la causa del perjuicio; 8. por cometer el trabajador actos deshonestos

el empleador debe solicitar previamente una “*autorización de despido*” al Ministerio de Trabajo. El Departamento de Trabajo del Ministerio o la oficina de Representación Local (en las provincias), delega en un inspector la verificación de si el despido se debe o no “*al hecho del embarazo o es consecuencia del parto*”. Luego de la solicitud y hasta tanto el inspector no se haya pronunciado, será necesario que el empleador “*se abstenga de poner término al contrato de trabajo*”. En caso de incumplimiento con la formalidad anterior, el Código no sanciona al empleador con “*la nulidad del despido*” y la obligación de reintegrar a la trabajadora a su puesto. Por el contrario, el despido se mantiene, pero el empleador deberá otorgarle a la trabajadora protegida por esta disposición, una indemnización equivalente a cinco meses de salario ordinario, además del pago de las prestaciones laborales correspondientes. “*Lo anterior permite cuestionarnos sobre la existencia de una verdadera estabilidad en el empleo en caso de despido ya que, de acuerdo a la doctrina, el derecho debe ser el que garantiza el reintegro en el empleo y no aquel que simplemente protege contra el despido arbitrario (...)*”⁴⁶.

en el taller, establecimiento o lugar de trabajo; 9. por revelar el trabajador los secretos de fabricación o dar a conocer asuntos de carácter reservado en perjuicio de la empresa; 10. por comprometer el trabajador; por imprudencia o descuido inexcusables, la seguridad del taller; oficina u otro centro de la empresa o de personas que allí se encuentren; 11. por inasistencia del trabajador a sus labores durante dos días consecutivos o dos días en un mismo mes sin permiso del empleador o de quien lo represente, o sin notificar la causa justa que tuvo para ello en el plazo prescrito por el artículo 58; 12. por ausencia, sin notificación de la causa justificada, del trabajador que tenga a su cargo alguna faena o máquina cuya inactividad o paralización implique necesariamente una perturbación para la empresa; 13. por salir el trabajador durante las horas de trabajo sin permiso del empleador o de quien lo represente y sin haberse manifestado a dicho empleador o a su representante, con anterioridad, la causa justificada que tuviere para abandonar el trabajo; 14. por desobedecer el trabajador al empleador o a sus representantes, siempre que se trate del servicio contratado; 15. por negarse el trabajador a adoptar las medidas preventivas o a seguir los procedimientos indicados por la ley, las autoridades competentes o los empleadores, para evitar accidentes o enfermedades; 16. por violar el trabajador cualesquiera de las prohibiciones previstas en los ordinales 1., 2., 5. y 6. del artículo 45; 17. Por violar el trabajador cualesquiera de las prohibiciones previstas en los ordinales 3. y 4., del artículo 45 después que el Departamento de Trabajo o la autoridad local que ejerza sus funciones lo haya amonestado por la misma falta a requerimiento del empleador; 18. por haber sido condenado el trabajador a una pena privativa de libertad por sentencia irrevocable; 19. por falta de dedicación a las labores para las cuales ha sido contratado o por cualquier otra falta grave a las obligaciones que el contrato imponga al trabajador.

46. Proyecto Cumple y Gana: *Roles en tensión: madres y trabajadoras en las zonas francas dominicanas*, FUNPADEM, San José, 2007, p. 56.

ii. El hostigamiento o acoso sexual

El hostigamiento o acoso sexual es considerado una forma de discriminación, a la luz del Convenio num. 111 de la OIT. La CEACR define el hostigamiento sexual como “*las atenciones sexuales no solicitadas, los insultos, así como observaciones, bromas, insinuaciones o comentarios impropios sobre la manera de vestir de una persona, su cuerpo, eventualmente su edad, su situación familiar, etc.; las actitudes condescendientes o paternalistas de connotaciones sexuales que sean una afrenta para la dignidad; las invitaciones o solicitudes impertinentes, implícitas o explícitas, acompañadas o no de amenazas; las miradas concupiscentes u otros ademanes asociados a la sexualidad; los contactos físicos inútiles, como tocamientos, caricias, pellizcos o las vías de hecho. Además, para que un acto sea considerado un hostigamiento sexual en el empleo, ese acto ha de poder ser percibido claramente como condición de conservación del empleo o previa al mismo, influir en las decisiones adoptadas al respecto o perjudicar el rendimiento profesional. El hostigamiento sexual puede surgir de un clima generalmente hostil hacia uno u otro sexo*”⁴⁷.

Además, el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) establece en su Artículo 20 párrafo 3 literal d) que se debe garantizar que “*(...) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos gocen de igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo y de protección contra el hostigamiento sexual*”. Los elementos clave de la definición de acoso sexual, que puede variar de país en país, son los siguientes:

- “*Conducta de naturaleza sexual, y toda otra conducta basada en el sexo y que afecte a la dignidad de mujeres y hombres, que resulte ingrata, irrazonable y ofensiva para quien la recibe.*
- *Cuando el rechazo de una persona a esa conducta, o su sumisión a ella, se emplea explícita o implícitamente como base para una decisión que afecta al trabajo de esa persona (acceso a la formación profesional o al empleo, continuidad en el empleo, promoción, salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo).*
- *Conducta que crea un ambiente de trabajo intimidatorio, hostil o humillante para quien la recibe*”⁴⁸.

47. Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR): *Igualdad en el empleo y la ocupación*, Estudio general, 1996, en <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/surveyq.htm>.

48. CINTERFOR: *El acoso sexual. Un problema de relaciones de poder*,



La CEDAW establece en sus artículos 3 y 5, que los Estados deben tomar las medidas apropiadas para asegurar el desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre; así como, modificar los patrones socio culturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

En la cuarta conferencia mundial sobre la mujer (celebrada en Beijing en 1995) se señala que *“el miedo a la violencia, incluido el hostigamiento, es un obstáculo constante para la movilidad de la mujer, que limita su acceso a actividades y recursos básicos”*. La Convención para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), también de 1995, en su artículo 1 define la violencia contra la mujer como *“cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito de lo público como en el privado”*. En su Artículo 2 inciso b) señala que se entenderá que la violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, el acoso sexual en el trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar.

En El Salvador, el CT prohíbe el hostigamiento o acoso sexual de manera indirecta en el Artículo 29 inciso 5, el cual dispone que son obligaciones de los patronos *“guardar la debida consideración a los trabajadores, absteniéndose de maltratarlos de obra o de palabra”*. Además, la recientemente promulgada Ley general de prevención de riesgos en los lugares de trabajo⁴⁹, concibe el acoso sexual como un riesgo psicosocial, el cual define como *“aquellos aspectos de la concepción, organización y gestión del trabajo así como de su contexto social y ambiental que tienen la potencialidad de causar daños, sociales o*

psicológicos en los trabajadores, tales como el manejo de las relaciones obreropatronales, el acoso sexual, la violencia contra las mujeres, la dificultad para compatibilizar el trabajo con las responsabilidades familiares, y toda forma de discriminación en sentido negativo” (Art. 7). En su Artículo 8, la ley en mención establece que será responsabilidad del empleador formular y ejecutar el Programa de Gestión de Prevención de Riesgos Ocupacionales de su empresa, de acuerdo a su actividad y asignar los recursos necesarios para su ejecución, garantizando la participación efectiva de trabajadores y trabajadoras en la elaboración, puesta en práctica y evaluación del referido programa. En su inciso 10, este artículo estipula que el Programa mencionado debe incluir la *“formulación de programas preventivos, y de sensibilización sobre violencia hacia las mujeres, acoso sexual y demás riesgos psicosociales”*.

El acoso sexual también está tipificado como delito en el Código Penal salvadoreño⁵⁰:

Artículo 165.- El que realice conducta sexual indeseada por quien la recibe, que implique frases, tocamiento, señas u otra conducta inequívoca de naturaleza o contenido sexual y que no constituya por sí sola un delito más grave, será sancionado con prisión de tres a cinco años.

El acoso sexual realizado contra menor de quince años, será sancionado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.

Si el acoso sexual se realizare prevaleciéndose de la superioridad originada por cualquier relación, se impondrá además una multa de cien a doscientos días multa.

El 25 de noviembre de 2010 la Asamblea Legislativa de El Salvador aprobó la Ley Especial Integral para una vida libre de violencia para las mujeres, que entrará en vigor el 1º de enero de 2012, cuyo objeto es establecer, reconocer y garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. Entre otras formas de violencia, esta ley se aplica a la violencia laboral, definida como

Género, formación y trabajo, s.f., http://www.oitcinterfor.org/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/gender/doc/cinter/pacto/cue_gen/aco_sex.htm

49. Ley General de Prevención de Riesgos en los Lugares de Trabajo de El Salvador, Decreto Legislativo N° 254 de 21 de enero de 2010.

50. Código Penal de El Salvador, Decreto Legislativo N° 1030 de 26 de abril de 1997. El Artículo 165 fue introducido mediante reforma al Código Penal: Decreto Legislativo N° 210 del 25 de noviembre de 2003.

“las acciones u omisiones contra las mujeres ejercidas en forma repetida y que se mantienen en el tiempo o en los centros de trabajo públicos o privados, que constituyan agresiones físicas o psicológicas atentatorias a su integridad, dignidad personal y profesional, que obstaculicen su acceso al empleo, ascenso o estabilidad en el mismo, o que quebranten el derecho a igual salario por igual trabajo”. Asimismo, esta ley define el acoso laboral, como “la acción de hostilidad física o psicológica, que de forma sistemática y recurrente, se ejerce sobre una mujer por el hecho de ser mujer en el lugar de trabajo, con la finalidad de aislar, intimidar o destruir las redes de comunicación de la persona que enfrenta estos hechos, dañar su reputación, desacreditar el trabajo realizado o perturbar u obstaculizar el ejercicio de sus labores”. Con estas disposiciones, esta ley salvadoreña va más allá del acoso sexual, e incluye situaciones que no necesariamente están relacionadas con el aspecto sexual, pero que constituyen claras situaciones de acoso laboral.

En Honduras a la luz del Artículo 95 inciso 6 del CT, los patronos están obligados a guardar a los trabajadores la debida consideración, absteniéndose de maltratos de palabras o de obra y de actos que pudieran afectar su dignidad. El numeral 96 inciso 9 del CT prohíbe a los patronos ejecutar o autorizar cualquier acto que directa o indirectamente vulnere o restrinja los derechos que otorgan las leyes a los trabajadores, o que ofendan la dignidad de estos. La Ley de Igualdad de Oportunidades para la Mujer también lo contempla en su Artículo 60: *“El acoso sexual cometido por el patrono o titular del Estado o de una empresa privada, faculta a la trabajadora o servidora pública en su caso, para dar por terminada la relación de trabajo sin preaviso y sin responsabilidad de su parte, conservando el derecho a las prestaciones indemnizaciones legales como en el caso del despido injusto. Cuando el que ejecute el acoso, fuese un trabajador, deberá procederse a su despido inmediato sin responsabilidad para el patrono o institución estatal”.*

En Nicaragua el Artículo 47 del CT sobre las obligaciones de los empleadores, señala en el inciso p): velar por que los trabajadores no sean violentados en sus derechos morales ni objeto de acoso o chantaje sexual. También está el Artículo 20 párrafo primero de Ley de Igualdad de Derechos y Oportunidades el cual estipula que *“la institución*

estatal competente en materia de derecho laboral, definirá y ejecutará la política pública con enfoque de género, dirigida a prevenir el acoso, chantaje o cualquier tipo de agresión sexual en la relación laboral, sin perjuicio de las penas que de estos hechos se derive. Igualmente fomentará el establecimiento de disposiciones semejantes en los Gobiernos Regionales y Municipales”.

En República Dominicana el Artículo 47 inciso 9 del CT prohíbe a los empleadores *“ejercer acciones contra el trabajador que puedan considerarse de acoso sexual, o aportar o no intervenir en caso de que lo realicen sus representantes”.* Sin embargo, *“no se establece ninguna sanción para el empleador, o para los representantes que incumplan con la prohibición de acoso sexual, ya que no está incluido como una infracción sujeta a sanciones penales en el Código de Trabajo. Lo anterior significa que los inspectores no pueden levantar un ‘acta de infracción ante dicha violación’ sino que, de acuerdo con el Código, el o la trabajadora víctima de acoso sexual adquiere un derecho de dimisión (resolución del contrato de trabajo por voluntad unilateral del trabajador, regulado por los arts. 96 y 97 del CT dominicano), que le permitirá obtener todas sus prestaciones laborales o exigir las por la vía judicial, en caso de que le sean denegadas. La no tipificación del acoso sexual como una infracción penal-laboral, ha provocado que los reclamos en la vía penal sean presentados amparados por la Ley 24-97 del 26 de enero de 1997 que reforma el Código Penal y que tipifica la “violencia intrafamiliar” y, dentro de esta, el acoso sexual, que es definido como “toda orden, amenaza, constreñimiento u ofrecimiento destinado a obtener favores de naturaleza sexual, realizado por una persona que abusa de la autoridad que le confieren sus funciones” y es sancionado con una pena de un año de prisión y multa de cinco mil a diez mil pesos”⁵¹.*

En Panamá, el acoso sexual está contemplado en las siguientes disposiciones del Código de Trabajo:

- Artículo 127 inciso 12: prohíbe a los trabajadores realizar actos de acoso sexual,
- Artículo 128 inciso 28: son obligaciones de los empleadores, además de las que surjan especialmente del contrato, las siguientes: Establecer un procedimiento

51. Proyecto Cumple y Gana: Roles en tensión: madres y trabajadoras en las zonas francas dominicanas, FUNPADEM, San José, 2007, p. 62.



equitativo, confiable y práctico para investigar los reclamos presentados en relación con el acoso sexual y la aplicación de las sanciones correspondientes,

- Artículo 138 inciso 15: Queda prohibido a los empleadores realizar actos de acoso sexual,
- Artículo 213 inciso 15: Son causas justificadas que facultan al empleador para dar por terminada la relación de trabajo: El acoso sexual, la conducta inmoral o delictiva del trabajador durante la prestación del servicio.

En Costa Rica se cuenta con la Ley contra el hostigamiento sexual o acoso sexual en el empleo y la docencia (N° 7476 del 3 de febrero de 1995, reformada por Ley N° 8805 del 28 de abril de 2010). Su objetivo es *“prevenir, prohibir y sancionar el hostigamiento sexual como práctica discriminatoria por razón de sexo, contra la dignidad de las mujeres y de los hombres en el ámbito del trabajo y educativo, en el sector público y el sector privado”*. Según esta ley, se entiende por acoso u hostigamiento sexual toda conducta sexual indeseada por quien la recibe, reiterada y que provoque efectos perjudiciales en los siguientes casos:

- Condiciones materiales de empleo o de docencia.
- Desempeño y cumplimiento laboral o educativo.
- Estado general de bienestar personal.

También se considera acoso sexual la conducta grave, que habiendo ocurrido una sola vez, perjudique a la víctima en cualquiera de los aspectos indicados (Art. 3).

La ley establece que es responsabilidad de todo patrono o jerarca prevenir situaciones de acoso sexual, por medio de una política interna que prevenga, desaliente, evite y sancione las conductas de hostigamiento sexual, para lo cual deberá tomar medidas expresas en los reglamentos internos, los convenios colectivos, los arreglos directos o de otro tipo.

Asimismo, la ley establece algunos procedimientos diferenciados en caso de que se trate de un lugar de trabajo o institución educativa del sector público o del sector privado. En el sector público le corresponde a la autoridad superior o instancia competente, informar a la Defensoría de los Habitantes de la presentación de la denuncia, con el objeto de que tenga conocimiento formal de esta, acceso al expediente e intervención facultativa en el procedimiento, para efectos de que pueda ejercer la función asesora y contralora de legalidad. En el sector privado, le corresponde la función mencionada a la Dirección Nacional e Inspección de Trabajo.

Es interesante mencionar que la persona denunciante de hostigamiento sexual, adquiere un fuero de protección, similar al fuero de maternidad, pues sólo podrá ser despedida por causa justificada, tramitándose de previo, la autorización ante la Inspección de Trabajo.

En la reforma a la ley del 2010, se introdujeron algunos aspectos importantes como la regulación del procedimiento a seguir en el lugar de trabajo, el cual contempla sanciones para las personas electas popularmente y que incurran en situaciones de hostigamiento sexual. En cuanto al procedimiento, para sancionar el hostigamiento sexual, la reforma introdujo el principio *“pro víctima”* es decir, que *“en caso de duda se estará a lo que más beneficie a la persona hostigada, con la prohibición expresa de considerar los antecedentes de la persona denunciante, particularmente en lo relativo al ejercicio de su sexualidad”* (Art. 22).

En los quince años de vigencia de la Ley de hostigamiento sexual, se ha generado importante jurisprudencia sobre la interpretación y los alcances de la misma, este aspecto será retomado más adelante.

C. EL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA

De las 20 millones de personas que integraban la fuerza laboral centroamericana en el año 2007, el 61.9% eran hombres y el 38.1% mujeres. La participación de las mujeres en la fuerza de trabajo ha ido ganando terreno desde el año 2001, dado que en la mayor parte de los países el crecimiento promedio anual de la PEA femenina ha sido más grande que el experimentado por los hombres⁵².

Como lo señala el Observatorio Laboral de Centroamérica y República Dominicana, la división sexual del trabajo tiene implicaciones directas en la gran diferencia que se presenta en las tasas de actividad entre hombres y mujeres. Mientras que para las mujeres, la principal razón por la cual se mantienen inactivas, es decir no realizando un trabajo remunerado, es por mucho, el trabajo doméstico (más de la mitad de las mujeres así lo mencionan), para los hombres inactivos son otras circunstancias, como el estudio, por ejemplo⁵³.

La participación de las mujeres en el mercado laboral se da en condiciones desfavorables. FUNPADEM⁵⁴, citando varias fuentes, resume esas condiciones de la siguiente manera:

- Discriminación salarial: las mujeres ganan menos por el hecho de ser mujeres, por causas no relacionadas con su nivel formativo. Esto a pesar de que, como ya se citó, todas las legislaciones consagran el principio de igualdad de remuneración y han ratificado el Convenio núm. 100 de la OIT.
- División sexual del trabajo: las mujeres son las que realizan los trabajos de menor remuneración y calificación.
- Trabajo no remunerado: la mayoría de las mujeres realiza trabajo no remunerado, no contabilizado (p. e. trabajo doméstico, cuidado de personas, etc.) y, sin embargo, esencial para la economía de mercado.
- Las mujeres son las más afectadas en épocas de recesión.

- Las mujeres tienden a ubicarse en el sector informal y en el autoempleo, donde no se aplica la legislación laboral.

No obstante que a nivel legal se reconoce que la maternidad es una función social, sigue siendo en la práctica, una de las principales causas de discriminación contra las mujeres. Esto se debe a diversas razones, entre otras las siguientes:

- porque los empleadores solicitan requisitos ilegales de previo a su contratación, o para continuar con la contratación, (por ejemplo, las pruebas de embarazo), o
- porque los empleadores buscan la manera de despedir a las trabajadoras cuando descubren que están encinta, a contrapelo del derecho a la estabilidad laboral de las mujeres embarazadas que establecen los Códigos de Trabajo, o
- porque no existen opciones de cuidado para los hijos e hijas de las trabajadoras, los cuales casi siempre son de responsabilidad exclusiva de las madres, independientemente de la presencia o no de los padres.

Así, por ejemplo, en materia de género y discriminación, el principal reto que plantearon los Ministerios de Trabajo de la subregión en el documento *"La Dimensión laboral en Centroamérica y la República Dominicana. Construyendo sobre el progreso: Reforzando el cumplimiento y potenciando las capacidades"*, conocido como el *"Libro Blanco"*, fue la *"necesidad de reforzar las políticas nacionales sobre la prohibición de solicitar pruebas de embarazo, y dirigir iniciativas para mejorar el cumplimiento"*.

Este panorama contrasta con la normativa vigente que, aunque requiere de algunas reformas, consagra los derechos laborales de las mujeres y la no discriminación, lo cual lleva a cuestionarse sobre el grado de exigibilidad y de cumplimiento.

Las instancias a las cuales pueden recurrir las mujeres para exigir el cumplimiento de sus derechos laborales —o para informarse de los mismos— son los Ministerios de Trabajo (por lo general, la Inspección de Trabajo) —en sede administrativa— y los juzgados laborales —en sede judicial.

52. Obando Montero, Juan Carlos, et. al: *Mercado laboral en Centroamérica y República Dominicana*, Observatorio Laboral de Centroamérica y República Dominicana (OLACD), Coordinación Educativa y Cultural Centroamericana (CECC), OIT, San José, 2009, p. 16.

53. Ibidem, p. 19.

54. Piza, Rodolfo E. y otros: *Derechos laborales en Centroamérica y República Dominicana, Proyecto Cumple y Gana, Fortalecimiento de los Derechos Laborales Centroamérica, Panamá y República Dominicana*, FUNPADEM, San José, s.f., p.46.



Son escasas e incompletas las estadísticas de los Ministerios de Trabajo, sobre el número de mujeres atendidas. A continuación un breve recorrido por algunos datos recopilados por diversos estudios:

En El Salvador en el Ministerio de Trabajo y Previsión Social funciona la Unidad Especial de Género y Prevención de Actos Laborales Discriminatorios, creada el 16 de julio de 2005. Según datos recopilados por FUNPADEM, las cifras sobre las inspecciones y reinspecciones realizadas por esta Unidad muestran que, de enero a junio de 2006, se recibieron 58 solicitudes, de las cuales se intervino en 49; el 100% se resolvió y se remitieron para pago de multa 21 casos. Asimismo, se atendió a 104 personas, 69 hombres y 27 mujeres, de ellas ocho embarazadas que denunciaron “*Despido y hostigamiento laboral*”, como categoría genérica, pero no existe evidencia de quejas específicas sobre hostigamiento laboral de trabajadoras embarazadas. Para el segundo semestre del mismo año, el número de inspecciones y reinspecciones se duplicó (12.103), con una cobertura de 70.562 trabajadores a nivel nacional: 45,9% hombres y 53,2% mujeres. Además de 311 embarazadas, 156 menores y 127 personas parcialmente incapacitadas, que representan en conjunto el 0,9% de los casos atendidos. En el mismo lapso, la mayoría de solicitudes fueron por revisión del salario (7,4% del total) y por atraso de salarios (7,1%). El resto corresponde a causas diversas, como en el primer semestre, enmarcadas en la categoría “*otros*”, que totaliza el 81,9%⁵⁵.

En Nicaragua en “*el primer semestre del 2009, del total de trabajadores comprendido por las inspecciones, 46.779 era mujeres. En esas inspecciones se detectaron 73 infracciones en relación al bloque de igualdad y no discriminación siendo afectadas un total de 13.998 mujeres. Además, se orientó a ajustar el salario mínimo a un total de 6.865 trabajadoras*”⁵⁶.

En Honduras, según datos de FUNPADEM, las denuncias presentadas ante la Secretaría de Trabajo por parte de las trabajadoras de la maquila se relacionan, principalmente, con despidos verbales, constatación de hechos, investigación general, pago de prestaciones, malos tratos y pago de salarios. Las denuncias por asuntos relacionados con el derecho de maternidad han aumentado a más del doble con respecto al 2006, en que no se registró ningún caso⁵⁷.

En Costa Rica, desde el 2006 más del 70% de los casos especiales⁵⁸, que atiende la Inspección de trabajo, se relacionan con trabajadoras embarazadas o en período de lactancia. Entre un 8% y un 20% de las mismas lograron ser reinstaladas por los empleadores que las despidieron indebidamente, por la vía de la conciliación (véase Recuadro N° 12).

55. Proyecto Cumple y Gana: *Equidad e igualdad de género en el trabajo de las mujeres... un compromiso de todos y todas: Estudio nacional sobre discriminación laboral femenina por razones de género, con énfasis en la maquila*, Proyecto Cumple y Gana, PEyGE, FUNDAPADEM, San José, 2008, p. 74.

56. OIT/Proyecto Verificación: *Informe de verificación de la implementación de las recomendaciones del Libro Blanco*, febrero 2009 – julio 2009, Nicaragua, San José, p. 46.

57. Proyecto Cumple y Gana: *Discriminación de género y derechos laborales de las mujeres: Una responsabilidad compartida que requiere un esfuerzo conjunto*, FUNDAPADEM, San José, 2008, p. 56.

58. Los casos especiales incluyen protección a trabajadoras embarazadas o en período de lactancia, personas trabajadoras adolescentes (15 a 18 años), dirigentes sindicales y trabajadoras/es que han denunciado hostigamiento sexual.

Recuadro N° 12. Costa Rica: Número de casos especiales atendidos por la Inspección de Trabajo.
Período 2005 - 2009.

Casos	Años				
	2005	2006	2007	2008	2009
Casos por prácticas laborales desleales (persecución sindical)	41	52	23	16	17
Reinstalaciones por acuerdo entre las partes	s.d.	3	2	2	s.d.
Casos de mujer embarazada o en período de lactancia	350	527	238	230	635
Reinstalaciones por acuerdo entre las partes	s.d.	61	49	20	s.d.
Casos de trabajadores adolescentes	161	165	97	70	149
Reinstalaciones por acuerdo entre las partes	10	s.d.	30	6	s.d.
Total de casos especiales atendidos	674	744	362	316	811
Total de reinstalaciones por acuerdo entre las partes	10	64	81	28	s.d.

Fuente: OIT/Proyecto Verificación: Informe de verificación de la implementación de las recomendaciones del Libro Blanco, agosto 2009 – enero 2010, Costa Rica, San José, p. 32.

Es difícil saber cuántos casos relacionados con los derechos laborales de las mujeres llegan a instancias judiciales, pues las estadísticas existentes son generales en cuanto al número de casos conocidos por los tribunales laborales y no se desglosan por el reclamo que los origina⁵⁹. No obstante, la escasa jurisprudencia que ha podido ser recopilada en el presente estudio, es un indicador que refleja que son muy pocos los casos relacionados con los derechos laborales de las mujeres que llegan a estrados judiciales.

En el ámbito penal, para el caso de El Salvador, se cuenta con estadísticas del número de delitos de orden laboral que fueron conocidos en los años 2008 y 2009. En el Recuadro N° 13, se puede observar que en el año 2008 se conocieron 696 casos de delitos de acoso sexual y 709 en el año 2009, la mayoría de las víctimas de estos delitos son mujeres, lo cual confirma que se trata de un delito de violencia de género. Llama la atención que los tribunales penales únicamente han conocido 2 casos de discriminación laboral en el 2008 y 6 en el 2009, siendo hombres la mayoría de las víctimas.

59. Las estadísticas generales (porcentaje de casos laborales que conocen los tribunales en primer instancia, mora judicial, publicaciones, casos entrados en primera instancia, casos resueltos por conciliación, etc.) pueden consultarse en el siguiente estudio: OIT: *Estadísticas de los tribunales competentes en material laboral en los países de Centroamérica y República Dominicana*, Organización Internacional del Trabajo, San José, 2010, www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2010/110B09_29_span.pdf



Recuadro N° 13. El Salvador: Delitos de orden laboral por sexo de la víctima y total nacional, años 2008-2009.

Delito	2008					2009				
	M	F	GNR	NR	T	M	F	GNR	NR	T
Acoso sexual (165 CP)	57	633	5	1	696	84	620	4	1	709
Infracción de las condiciones laborales o de seguridad social (244 CP)	9	4	3	3	19	0	3	0	0	3
Apropiación o retención de cuotas laborales (245 CP)	387	198	9	29	623	548	311	3	33	895
Discriminación laboral	2	0	0	0	2	3	2	1	0	6
Coacción al ejercicio de la libertad sindical o del derecho de huelga (247 CP)	0	0	0	0	0	2	8	0	0	10

M: masculino; F: femenino; GNR: persona natural con género no registrado; NR: tipo de persona no registrado; T: total

Fuente: Departamento de Estadística de la Fiscalía General de la República, El Salvador, 2010.

La discriminación en razón del género desde la jurisprudencia

TERCERA PARTE

Después de haber realizado un rápido recorrido por las legislaciones de los países centroamericanos y de República Dominicana, en materia de derechos laborales de las mujeres, interesa ahora analizar la jurisprudencia encontrada -tanto de los países de la subregión como de algunos países de otras latitudes- para determinar algunas aplicaciones prácticas de la legislación, así como de su interpretación.

A. DEFINICIÓN

Desde el punto de vista jurídico, el derecho a la igualdad y a la no discriminación en el trabajo, constituye una proyección del sistema constitucional de derechos y libertades⁶⁰. Se alimenta de un conjunto de instrumentos de derecho internacional de validez universal, tales como los citados en la primera parte de este estudio. En el ámbito de las relaciones de trabajo, el derecho a la no discriminación se configura como un derecho inespecífico, es decir, aquél compartido por todas las personas (como el derecho al honor, a la libertad, a la tutela judicial efectiva, etc.) pero que es ejercido por quienes se encuentran en una relación de trabajo⁶¹.

Como lo afirma el Informe Global de la OIT de 2007, “La discriminación no es un acto excepcional ni aberrante, sino un fenómeno sistémico, a menudo intrínseco a las pautas de funcionamiento de los lugares de trabajo y arraigado en los valores y normas culturales y sociales dominantes”⁶², por ello es que a veces no es fácil detectarla y puede manifestarse de múltiples formas y en diversos momentos.

La discriminación puede ser directa o indirecta. Es directa cuando las normas, prácticas y políticas excluyen o dan preferencia a ciertas personas por el mero hecho de pertenecer éstas a un colectivo específico.

Entre las formas de discriminación directa figuran los anuncios de empleo en los que se excluye la candidatura de mujeres o la imposición de pruebas de embarazo periódicas con el fin de no contratar a las candidatas embarazadas o incluso de despedir a las empleadas que están en estado de embarazo⁶³.

La discriminación es indirecta cuando ciertas normas o prácticas aparentemente neutras tienen efectos desproporcionados en uno o más colectivos determinables, y ello sin justificación alguna. También el trato diferenciado de algunas categorías específicas de trabajadores, traducida en menores prestaciones sociales o remuneraciones, como la protección jurídica inferior del personal doméstico que es mayoritariamente femenino.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha configurado una doctrina en relación con la discriminación indirecta en materia laboral, ello en razón de pronunciamientos que le han sido solicitados por tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea. En 1981 conoció el primer caso y desde ese momento “la jurisprudencia constante y uniforme del TJCE ha establecido que, en términos generales se está frente a un caso de discriminación indirecta, cuando una disposición o regla formulada neutralmente, esto es, sin referencia a un sexo determinado, en los hechos genera un trato menos favorable para trabajadores de un cierto sexo, sin que aquel trato menos favorable pueda explicarse por razones o circunstancias que no digan relación con una discriminación por motivos de sexo”⁶⁴.

63. Ibidem.

64. Caamaño Rojo, Eduardo: “La discriminación laboral indirecta”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, volumen XII, diciembre, 2001, p. 69.

60. M.C. Palomeque López y M. Álvarez de la Rosa: *Derecho del Trabajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Decimotercera edición, Madrid, 2005, p. 106.

61. J.C. Cortés Carcelén: *Los derechos inespecíficos laborales: análisis de algunas sentencias del Tribunal Constitucional*, Universidad Católica del Perú, s.f., www.amag.edu.pe/publicaciones/contenido_web.../57-75.pdf

62. OIT: *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 96.ª reunión, Informe I (B), Ginebra, 2007, p. 9



Un típico ejemplo de discriminación laboral indirecta, a la luz de la jurisprudencia del TCJE, es la menor retribución a trabajadores de tiempo parcial, cuando el 90% de los trabajadores de tiempo parcial, son mujeres⁶⁵.

Los tribunales costarricenses se han referido a la discriminación en las relaciones de trabajo de manera amplia, entre otras, por las siguientes razones: etnia⁶⁶, nacionalidad⁶⁷, estado de salud⁶⁸. En cuanto a la discriminación por razones de género también se encuentra un importante desarrollo en ese país, en especial a partir de la promulgación de la Ley N° 8107 de 18 de julio del 2001 mediante la cual se incluye en el Código de Trabajo un capítulo sobre la prohibición de discriminar.

La jurisprudencia costarricense se refiere en varias sentencias de la Sala Constitucional al derecho a la igualdad, señalando que “el derecho de igualdad no es tratar a todos por igual, sino ‘a iguales como a iguales y a desiguales como desiguales’, en otras palabras, para exigir un trato igualitario se debe estar en la misma condición y situación que la otra persona”⁶⁹ (véase el Recuadro N° 14).

Recuadro N° 14. Costa Rica: Conceptualización de la discriminación de la mujer desde la jurisprudencia constitucional

“Desigualdad, puede existir en diversos planos de la vida social y aún cuando ello no es deseable, su corrección resulta muchas veces menos complicada. Pero cuando de lo que se trata es de una discriminación, sus consecuencias son mucho más graves y ya su corrección no resulta tan fácil, puesto que muchas veces responde a una condición sistemática del status quo. Por ello, tomar conciencia, de que la mujer no es simplemente objeto de un trato desigual -aunque también lo es-, sino de un trato discriminatorio en el cual sus derechos y dignidad humana se ven directamente lesionados, es importante para tener una noción cierta sobre la situación real de la mujer dentro de la sociedad. Baste para ello, tomar en consideración que la mujer ha debido librar innumerables luchas durante largos años para poder irse abriendo campo en el quehacer social y político de los pueblos. En términos generales discriminar es diferenciar en perjuicio de los derechos y la dignidad de un ser humano o grupo de ellos, en este caso del género femenino, es aquí donde el artículo 33 de la Constitución Política cobra pleno sentido, ya que ello toca los valores más profundos de una democracia, y no podemos hablar de su existencia, cuando mujeres y hombres, no pueden competir en igualdad de condiciones y responsabilidades. Se trata de un mal estructural, presente en nuestras sociedades que si bien tecnológicamente han alcanzado un buen desarrollo, aun no han logrado superar los prejuicios sociales y culturales que pesan sobre la mujer”.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución 00716 de las 11:51 hrs. del 6 de febrero de 1998.

65. Ibidem.

66. Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2006-19.

67. Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2008-00516 de las 09:55 hrs. del 18 de junio de 2008.

68. Sala Constitucional de Costa Rica, Resolución 2008-11863 de las 16:19 hrs. del 29 de julio de 2008.

69. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución 00716 de las 11:51 hrs. del 6 de febrero de 1998.

Los tribunales de los otros países de la subregión no analizan a profundidad el tema de la discriminación en el trabajo en razón del género, ésta es abordada tangencialmente únicamente en sentencias relacionadas con situaciones que afectan a trabajadoras embarazadas, como se verá más adelante.

Muchos reclamos presentados por mujeres ante los tribunales de justicia se refieren a derechos laborales tradicionalmente demandados (p. e. indemnización por despido injusto, pago de prestaciones laborales, etc.) y no se logra dilucidar fácilmente si detrás de ellos en realidad se encuentra, de manera explícita o implícita, una situación de discriminación, la cual pocas veces es alegada. Ejemplos en este sentido se encuentran en El Salvador y en Honduras. En El Salvador, prácticamente la totalidad de las sentencias judiciales recopiladas (83) ilustran este tipo de casos.

Llama la atención que en algunos países (El Salvador, Panamá, Honduras) los mismos juzgadores invisibilizan a las mujeres refiriéndose a ellas en masculino (“el actor”, “el trabajador”, “el peticionante”), quien lee las sentencias puede saber que la demandante es una mujer solo si, de previo, lee las calidades de las partes. Esto es una preocupante muestra de sexismo e inclusive una manera de ignorar al género femenino que ni siquiera se nombra, sino que se le subsume en el lenguaje masculino, supuestamente neutral.

En Honduras se recopilaron algunos casos en que la trabajadora alega cancelación discriminatoria del cargo⁷⁰, lo cual, aparentemente es corroborado por la sentencia pues se declara con lugar la demanda, pero no se analiza el tema de la discriminación en la sentencia. En Nicaragua se encontró un caso conocido en sede judicial en que la trabajadora demanda reintegro y alega que su despido se dio por discriminación y violación al Convenio III de la OIT y de la CEDAW. Sin embargo, la juzgadora consideró que no hubo prueba que demostrara la discriminación en el trabajo y por lo tanto no se pronunció al respecto⁷¹.

En sede administrativa se encuentran algunos reclamos de trabajadoras, que alegan haber sido discriminadas. En El Salvador, por ejemplo, las resoluciones se refieren al tema y la Inspección hace mención de los instrumentos de derecho internacional, como la CEDAW, y su definición de discriminación, aunque se entra en los detalles conceptuales solo de manera rápida⁷².

En un caso, también de El Salvador, una trabajadora se desempeñaba como vigilante y alega que es discriminada por ser mujer “ya que en dicho centro de trabajo la han querido obligar a que renuncie, y para desesperarla el encargado de recursos Humanos (sic) le está asignando una posición de trabajo que le queda muy lejos del lugar donde vive (con un horario de entrada a las tres de la mañana)...”⁷³. No obstante, la Inspectora de Trabajo no encontró elementos de juicio para establecer la discriminación por motivos de sexo.

En pocos casos la Inspección de Trabajo de El Salvador comprueba la discriminación en razón del sexo. Uno de ellos es el que se describe en el Recuadro N° 15, en el cual se logró comprobar la existencia de actos discriminatorios en razón del sexo, cometidos contra una doctora a la cual se le niegan oportunidades de trabajo que sí se otorgan plenamente a sus pares masculinos. La Unidad Especial de Género y Prevención de Actos Laborales Discriminatorios interviene por solicitud de la trabajadora, realiza la investigación, que consta en un acta de inspección especial, y resuelve con fundamento en el Código de Trabajo (Art. 30 numerales 11 y 12) en relación con el Artículo 1 de la CEDAW y los Arts. 2 y 3 de la Constitución de la República de El Salvador, y estableciendo la existencia de actos que niegan la igualdad de oportunidades en el empleo a la trabajadora.

70. Juzgado de Letras Primero del Trabajo Francisco Morazán, Honduras, Resolución 3051 del 11 de diciembre de 2003. En similar sentido: Resolución 2094 del 9 de septiembre de 2002 del mismo juzgado..

71. Juzgado Primero Distrito del Trabajo, Managua, Sentencia N° 183, Exp. 000028-1001-2007-LB de 11 de octubre de 2008.

72. Unidad Especial de Género y Prevención de Actos Laborales Discriminatorios de la Dirección General de Trabajo, San Salvador, El Salvador, Acta de Inspección Especial No. 427-UD-07-09 del 28 de Agosto de 2009. En el mismo sentido: Unidad Especial de Género y Prevención de Actos Laborales Discriminatorios de la Dirección General de Trabajo, San Salvador, El Salvador, Acta de Inspección Especial No. 272-UD-07-09 del 17 de Julio de 2008.

73. Unidad Especial de Género y Prevención de Actos Laborales Discriminatorios de la Dirección General de Trabajo, San Salvador, El Salvador, Acta de Inspección Especial No. 296-UD-03-09 del 2 de Abril de 2009. En el mismo sentido el Unidad Especial de Género y Prevención de Actos Laborales Discriminatorios de la Dirección General de Trabajo, San Salvador, El Salvador, Acta de Inspección Especial No. 343-UD-05-09 del 2 de Abril de 2009.



Recuadro N° 15. El Salvador: Actos laborales discriminatorios en razón del sexo.

Una doctora, que labora en un hospital público, presenta solicitud de inspección especial para que se investigue el hecho de que se considera discriminada, ya que xxx (institución donde labora) y el doctor xxx, le están negando la oportunidad de cubrir interinatos y turnos de llamada en el servicio, con el pretexto de que no existe una relación laboral con la institución, cuando hay otros colegas varones a quienes sin tener la plaza, se les permiten tales interinatos y turnos y también se les permite asistir a las conferencias sin tener invitación oficial. Relata que el día 10 de julio del corriente año, asistió a una conferencia y por órdenes del doctor xxx la sacaron, manifestándole que necesitaba una invitación oficial para estar presente, con lo que la humillaron públicamente.

La Unidad Especial de Género y Prevención de Actos Laborales Discriminatorios, después de analizar todos los hechos y las alegaciones de las partes, *“determina que las razones por las cuales a la Doctora xxx no se le brinda oportunidad para que realice interinatos y turnos de llamada en el servicio, se debe a evidentes actos de discriminación por el hecho de ser mujer, no solo de parte del doctor xxx, quien posee legalmente la facultad de decidir a quien se le toma en cuenta en la asignación de interinatos y turnos de llamadas en el servicio en el Departamento xxx, ya que él decide elegir únicamente a Doctores varones negándole la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo a la Doctora xxx (...), como también la Sección de Dotación de Personal, y de la Comisión Mixta del Escalafón de dicha Institución que no ha revisado la situación de la Doctora xxx...”*

Finalmente, la Unidad concluye: *“Que el Doctor xxx, así como la Sección de Dotación de Personal y la Comisión Mixta del Escalafón, todos pertenecientes al xxx, están cometiendo actos laborales discriminatorios en razón del sexo, en contra de la Doctora xxx, al no considerarla persona elegible, para realizar Interinatos y Turnos de llamada en el Servicio, en el xxx, negándole la igualdad de oportunidades en el empleo, ya que únicamente han valorado su mal carácter, conducta y faltas disciplinarias durante su residentado y especialidad en la Institución, sin considerar la capacidad, experiencia y formación médica recibida en el Instituto para que forme parte de la Bolsa de trabajo de dicha Institución...”*

Unidad Especial de Género y Prevención de Actos Laborales Discriminatorios de la Dirección General de Trabajo, San Salvador, El Salvador, Acta de Inspección Especial No. 427-UD-07-09-Especial-SS del 28 de Agosto de 2009

En Nicaragua también se encontraron algunas resoluciones administrativas que hacen referencia a la discriminación por género. Tal es el caso de un acta de inspección que constata la discriminación contra una trabajadora que se desempeña como conductora y que no recibía el mismo salario que los hombres que ocupan el mismo puesto. El inspector establece como medida correctiva: *“modificar el salario de la trabajadora adecuándolo al cargo que ostenta y no a su condición de mujer”*⁷⁴.

B. LA PRUEBA DE LA DISCRIMINACIÓN EN EL TRABAJO

Uno de los aspectos más complejos que resolver en un proceso administrativo o judicial en el que se alega discriminación, es el probatorio, debido a dos circunstancias que suelen ser inherentes a la discriminación:

- La discriminación se da por conductas de gran variedad teórica y práctica, lo que permite hablar de *“conducta (s) polimorfa (s)”* o, dicho en otros términos *“no responden a un paradigma o patrón común que puedan fácilmente evidenciarse”*⁷⁵;
- La discriminación se da por conductas habitualmente enmascaradas en una apariencia de legitimidad.

El acto o actos discriminatorios normalmente se producen en privado, sin testigos y no quedan documentos escritos.

74. Inspectoría Departamental de Chinandega, Nicaragua, Acta de Inspección Ordinaria, No. 15 de 11 de febrero de 2009.

75. En este sentido: Lousada Arochena, José Fernando: “La prueba de la discriminación del acoso sexual y moral en el proceso laboral”, en: *Revista Ámbito Jurídico*, www.ccoo.es/comunes/temp/recursos/1/395219.pdf

Quien efectúa la discriminación está en una posición de poder; tanto en relación con la persona discriminada, como de otras personas que podrían atestiguar sobre la discriminación y que se sienten amedrentadas de hacerlo, ya sea por miedo a perder su trabajo, a enemistarse con su superior o a recibir cualquier tipo de represalia.

Es por ello que se ha considerado admisible y necesaria la flexibilización de la carga de la prueba, es decir, del principio general de que quien reclama el cumplimiento de una obligación debe proveer la prueba. La jurisprudencia española ha desarrollado de manera importante los principios sobre la flexibilización de la carga de la prueba, a la que se denomina prueba de indicios, y que se pueden resumir de la siguiente manera⁷⁶:

- verificación de si la persona demandante demostró un panorama indiciario suficiente del que se pueda inferir una sospecha razonable de que el trato desfavorable pudo ser discriminatorio;
- este indicio no consiste en una mera alegación de la vulneración de un derecho fundamental, sino que debe acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante alegato;
- debe haber una conexión entre el factor protegido (embarazo, maternidad, sexo) con el resultado de perjuicio que concretaría la discriminación (no renovación, suspensión, extinción contractual)
- de ser así, se procede a invertir la carga de la prueba, correspondiendo al empleador demostrar que la decisión responde a una razón ajena por completo al rasgo discriminatorio.

La importante y amplia jurisprudencia española que se generó sobre este tema a lo largo de varios años (a partir de una primera sentencia del TC de 1981 se han generado numerosas resoluciones), se plasmó en el Decreto Legislativo 521/90, de 27 de abril, Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral. Además, en 1997 el Consejo de la Unión Europea emitió la Directiva 97/80/CE relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, en virtud de la cual le corresponde a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato (véase el Recuadro N° 16).

En Costa Rica, los tribunales también se han referido al tema de la prueba en situaciones de discriminación. Así, se ha establecido como principio que *“la valoración de la prueba en materia de discriminación resulta más flexible y el principio de distribución de la carga probatoria adquiere mayor énfasis, pues los actos de discriminación no se realizan abiertamente y por lo tanto no resulta fácil de acreditar el hecho discriminatorio”*⁷⁷. Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español se ha dicho que *“no se trata de una inversión de la carga de la prueba, sino de utilizar ‘la técnica de la prueba de presunciones’; sea que al plantearse un litigio donde la trabajadora alega que se han dado conductas patronales discriminatorias en su contra –o despido– por razones de embarazo; el empresario es quien debe probar las razones que lo han impulsado a adoptar esa decisión...”*⁷⁸.

76. Nogueira Guastavino, Magdalena: “La doctrina constitucional sobre discriminación directa por razón de embarazo en el siglo XXI, en; *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid, p. 8.

77. Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2006-19.

78. Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2004-583 de las 10:15 hrs. del 14 de julio de 2004.



Recuadro N° 16. Directiva 97/80/CE del Consejo de la Unión Europea de 15 de diciembre de 1997 relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.

Artículo 4. Carga de la prueba

1. Los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato.
2. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a imponer un régimen probatorio más favorable a la parte demandante.
3. Los Estados miembros podrán abstenerse de aplicar el apartado 1 a los procedimientos en los que la instrucción de los hechos corresponda a los órganos jurisdiccionales o al órgano competente.

La jurisprudencia costarricense ha establecido que tratándose de trabajadoras embarazadas que son despedidas, “se *presupone la naturaleza discriminatoria de los despidos injustificados de las mujeres en estado de gestación* –presunción *iuris tantum*–; y que le corresponda (sic) al patrono probar, a ciencia cierta, que se trata de un despido objetivo debidamente autorizado por el órgano competente”⁷⁹.

En los otros países no se hace referencia a la carga de la prueba. En Honduras en más de siete diferentes sentencias los juzgadores establecieron que la trabajadora embarazada debe probar el despido y el patrono justificarlo⁸⁰. La carga de la prueba se invierte si el patrono alega en la contestación abandono de trabajo, renuncia o causa justa: “... la carga de la prueba corresponde a la parte que alega un hecho para deducir derecho. A la vez, el interesado en que se desconozcan esos derechos, debe aportar la prueba del hecho impeditivo, modificador o extintivo...”⁸¹. Estos principios “clásicos” en materia probatoria, no toman en cuenta las particularidades de las situaciones de discriminación, como las ya mencionadas.

79. Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2009-00220 de las 15:15 del 11 de marzo de 2009.

80. Juzgado de Letras Primero del Trabajo, Tegucigalpa, Honduras, Sentencia Exp. 3051 del 12 de Noviembre de 2003. En el mismo sentido la Sentencia Exp. 2106 del 22 de Octubre de 2002, del mismo Juzgado.

81. Juzgado de Letras Primero Seccional del Trabajo, San Pedro Sula, Cortés, Honduras, Sentencia Exp. 18023 del 26 de Abril de 2006.

Discriminación directa antes de la contratación: prohibiciones legales, proceso de reclutamiento y pruebas de embarazo

A. PROHIBICIONES LEGALES

Como ya se mencionó, las primeras disposiciones de la OIT dirigidas a las mujeres trabajadoras, fueron eminentemente protectoras. Sin duda, respondían a un contexto histórico y social determinado en que las mujeres eran consideradas débiles y fácilmente explotables.

Estas disposiciones protectoras fueron incorporadas en los CT de todos los países de la subregión y se encuentran vigentes aunque, en algunos países no se aplican.

En Panamá el Artículo 104 del CT establecía:

Artículo 104. Está prohibido el trabajo de la mujer en:

- Los subterráneos, minas, subsuelo, canteras y actividades manuales de construcción civil; y
- Las actividades peligrosas o insalubres determinadas por el Ministerio de Trabajo y Bienestar Social.

En 1994 se presentó un recurso de inconstitucionalidad contra este artículo por considerarlo “*abiertamente discriminatorio*” por atentar contra la no discriminación, la igualdad ante la ley y la libertad de profesión. Señalaba la recurrente que debe ser la mujer la que decida si acepta o no algún tipo de trabajo considerado peligroso. El Pleno de la Corte⁸² atribuyó al Artículo 104 del CT el propósito de proteger a la mujer, “*sin embargo, dicha protección, que vulnera el principio fundamental de la igualdad, conculca a su vez el derecho personalísimo o la libertad de la mujer de elegir el trabajo u ocupación que tenga a bien*”⁸³.

No obstante, el Pleno no consideró inconstitucional la prohibición a la mujer de realizar actividades insalubres pues está acorde con el Artículo 66 de la Constitución (actual

Art. 70)⁸⁴, el cual prohíbe el “*empleo de menores hasta de catorce años en calidad de sirvientes domésticos y el trabajo de los menores y de las mujeres en ocupaciones insalubres*” (el subrayado no es del original). Los magistrados panameños no entraron a analizar si este precepto constitucional es o no discriminatorio, o si está acorde o no con instrumentos de derecho internacional pues, en el ordenamiento jurídico panameño, los instrumentos de derecho internacional ratificados por el país tienen jerarquía de ley y únicamente se incorporan al bloque de constitucionalidad aquellas normas expresamente seleccionadas por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

Por lo tanto, el Artículo 104 del CT ha sido declarado inconstitucional en cuanto prohíbe el trabajo de las mujeres en los subterráneos, subsuelo, canteras y actividades manuales de construcción civil; y en actividades peligrosas. Se considera, en consecuencia, constitucional la prohibición a las mujeres de realizar actividades insalubres las cuales serán determinadas por el Ministerio de Trabajo y Bienestar Social (actual Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral).

De manera similar, la Corte de Constitucionalidad de Colombia conoció de un recurso de inconstitucionalidad contra una norma contenida en el CT colombiano que prohibía el trabajo nocturno de la mujer. Los jueces colombianos consideraron que tal norma era abiertamente discriminatoria contra la mujer (véase Recuadro N° 17). A diferencia de los jueces panameños, los colombianos no consideran que el ánimo de estas normas sea la protección de la mujer, sino que tienen un marcado carácter paternalista y una evidente discriminación.

82. Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sentencia de 29 de abril de 1994.

83. Ibidem.

84. La Constitución panameña fue reformada en el año 2004. Texto único de la Constitución Política de la República de Panamá, n° 1 del 8 de noviembre de 2004. Gaceta Oficial 25176 del 15 de noviembre de 2004.



Recuadro N° 17. Colombia: Es inconstitucional la prohibición del trabajo nocturno de la mujer

“...no hay duda que hoy en día dentro del marco constitucional vigente, tanto la mujer como el hombre deben participar en condiciones de igualdad en los procesos económicos, laborales, sociales y políticos, en las diferentes actividades; lo cual conlleva a eliminar aquellas restricciones que tienden a menoscabar o anular el reconocimiento y ejercicio de los derechos de la mujer.

De ahí que, el Estado está en la obligación de dar protección jurídica de los derechos de la mujer sobre bases de igualdad, prohibiendo la discriminación contra ella por razones de sexo, siendo por tanto procedente adoptar las medidas encaminadas a asegurar el pleno desarrollo de sus derechos humanos, en las mismas condiciones con el hombre.

Lejos de considerarse una norma protectora, el precepto acusado tiene un carácter paternalista y conduce a prohibir que las mujeres, puedan laborar durante la noche, en las empresas industriales, lo cual constituye una abierta discriminación contra ellas, que debe ser abolida, pues aparte de tener plena capacidad para el trabajo en condiciones dignas y justas, debe garantizárseles en igualdad de condiciones con los hombres, el ejercicio de los mismos derechos y oportunidades que se requieran”.

Corte de Constitucionalidad de Colombia, Sentencia C-622/97, Santa Fe de Bogotá, D.C., noviembre 27 de 1997.

Como aclaración de esta misma sentencia (C-622/97) la Corte colombiana denunció el Convenio sobre el trabajo nocturno (mujeres) de la OIT, 1919, (núm. 4) el cual ha sido denunciado por un número significativo de países. Esa Corte consideró que *“a partir de la presente decisión de la Corte ese tratado no es aplicable internamente”*⁸⁵ por ser contrario al principio de igualdad entre los sexos.

Como lo analiza Ackerman, en relación con la legislación argentina, *“...es difícil encontrar una explicación para mantener la prohibición del trabajo de las mujeres –por su mera condición de tales- en algunos lugares, tareas o condiciones de labor”*. *“Es obvio que el trabajo penoso, peligroso o insalubre es indeseable y debe ser evitado, pero esto vale tanto para los varones como para las mujeres. Es más, así como hay funciones biológicas y psicológicamente insustituibles en la mujer, lo mismo puede*

*decirse del varón, de modo que no podría ser éste un motivo suficiente para dispensarles un trato diferenciado en relación con las tareas que puedan desempeñar, en tanto las condiciones de trabajo no afecten aquellas funciones en forma distinta”*⁸⁶.

Cabe cuestionarse si son igualmente discriminatorias las normas que prohíben a las mujeres embarazadas realizar trabajo peligroso o insalubre. En Honduras, por ejemplo el Artículo 147 del CT (ya citado), prohíbe *“emplear mujeres embarazadas en trabajos que requieran grandes esfuerzos. Igualmente queda prohibido emplear mujeres embarazadas en los trabajos nocturnos que se prolonguen más de cinco (5) horas”*. El Salvador cuenta con una norma similar en el Artículo 110 del CT que prohíbe a los patronos *“destinar mujeres embarazadas a trabajos que requieran esfuerzos físicos incompatibles con su estado. Se presume que cualquier trabajo que requiera un esfuerzo físico considerable, es incompatible con el estado de gravidez después del cuarto mes de embarazo”*.

Si bien una mujer embarazada puede no estar en condiciones de realizar ciertos tipos de trabajos, el hecho de que la legislación realice una generalización prohibiendo *“trabajos que requieran grandes esfuerzos”* y el trabajo nocturno, pareciera entrar dentro de la misma lógica paternalista que, en última instancia, es discriminatoria.

Al respecto, vale la pena citar un recurso de amparo interpuesto ante la Sala Constitucional de Costa Rica, por parte de una trabajadora que se desempeñaba como agente de investigación policial y que fue cesada al comunicar a su superior que se encontraba embarazada. Éste justificó la medida en *“cuestiones de salud”* de la trabajadora, alegando querer *“proteger”* a la trabajadora embarazada. No obstante, los juzgadores establecieron que lejos de tratarse de una medida de protección se trataba de un acto lesivo a los intereses y derechos de la mujer por el simple hecho de estar embarazada, pues *“...lo cierto es que no existen en los autos criterio médico alguno que haga pensar que la condición de embarazo de la interesada, no le permite desempeñar las labores que ha venido ejerciendo como Agente de Investigación I, de*

85. Corte de Constitucionalidad de Colombia, Aclaración de voto a la Sentencia C-622/97.

86. M. E. Ackerman, *“La discriminación laboral de la mujer en las normas legales y convencionales y en la jurisprudencia en la Argentina”*, en: *Ley, mercado y discriminación: el género del trabajo*, compiladora Haydée Birgin, 1° ed. Biblos, Buenos Aires, 2000, p. 27.

ahí que no pueda tenerse por justificada la decisión de la autoridad recurrida, la cual en todo caso no puede obviar la protección especial que tanto el legislador constitucional, como el ordinario otorgan a la mujer embarazada”⁸⁷.

Entonces, a la luz de este razonamiento, la protección a la mujer embarazada debería consistir en asegurarse de que no sea despedida por el simple hecho de estar embarazada y no en determinar a priori que no podrá realizar determinadas actividades, pues la peligrosidad o el riesgo que entrañen ciertos trabajos para la mujer embarazada se deberá establecer en cada caso concreto y no con una medida general que resulta ser discriminatoria.

B. EL PROCESO DE RECLUTAMIENTO

No se ha encontrado en la subregión jurisprudencia relacionada con la discriminación directa a la mujer en el proceso de reclutamiento. No obstante, son comunes los anuncios de reclutamiento que solicitan, entre sus requerimientos, que los candidatos sean únicamente del sexo masculino, esto a pesar de que algunos países lo prohíben explícitamente (p. e. Guatemala, véase Recuadro N° 8).

En otros países latinoamericanos existen algunos antecedentes interesantes, como el caso contra una empresa en Argentina (véase Recuadro N° 18), en el que la Cámara Civil declaró con lugar un recurso de amparo contra esta empresa por haber determinado la discriminación contra la mujer antes de la relación laboral. Este es un caso de enorme relevancia, no solo para Argentina, sino para toda la región latinoamericana, al establecer hitos importantes con contraargumentos jurídicos muy claros a los clásicos razonamientos que justifican la discriminación.

Recuadro N° 18. Argentina: Prácticas discriminatorias contra las mujeres en la selección de personal. Un caso paradigmático

En Argentina en el año 2002 la Fundación Mujeres en Igualdad inició un amparo colectivo contra la empresa xxx, alegando que esta realizaba prácticas discriminatorias contra las mujeres en la selección de personal, pues publicaba anuncios de reclutamiento solicitando exclusivamente personal del sexo masculino. La empresa reconoció que tomaba empleados del sexo masculino porque “debían efectuar la limpieza del local, cargar los baldes conteniendo el producto, los que tienen un peso de 10 kgrs., ingresar a los pozos fríos que tienen una profundidad importante y bajas temperaturas. Con relación a los motoristas se requieren conocimientos mínimos de mecánica, poseer registro, limpiar el ciclomotor... Asimismo las tareas desempeñadas son cumplidas en horarios rotativos hasta altas horas de la madrugada”, en resumen, la empresa alegaba que pretendía “proteger” y no discriminar a la mujer.

En primera instancia el amparo fue declarado sin lugar por las siguientes razones:

- la actora no demostró que se hubiesen presentado mujeres a las convocatorias y que hubiesen sido rechazadas por su condición;
- la ley prohíbe el desempeño de mujeres en tareas penosas, peligrosas e insalubres;
- la empresa comercial es la que debe determinar su política de empleo;
- la demandada está revirtiendo la tendencia a contar con mayor cantidad de personal masculino

La Cámara Civil conoció el caso en segunda instancia y rechazó los argumentos de primera instancia de la siguiente manera:

- La no discriminación por razón de sexo, en materia laboral, se exige antes, durante y después de la relación laboral. Se entiende “antes” el proceso de selección (desde las convocatorias, llamados para la provisión de cargos y reclutamiento) hasta el momento de la contratación, en el caso quedó demostrado que la empresa estaba discriminando a las mujeres antes de la contratación;

87. Sala Constitucional de Costa Rica, Resolución N° 2009-07101 de las 18:18 hrs. del 30 de abril del 2009.

- “es un hecho público que, actualmente, las mujeres desempeñan tareas que requieren mayor esfuerzo físico y no por eso se las califica como penosas, peligrosas o insalubres. De todos modos, cabe también advertir que la prohibición de realizar estas tareas dirigida a las mujeres es reputada discriminatoria (...) Al limitarse a la mujer, por la sola razón de su sexo, la posibilidad de emplearse en determinadas tareas y condiciones de trabajo, se restringe su derecho a elegir una ocupación adecuada a sus aptitudes y necesidades, derecho que, en rigor, no es sino una manifestación del ejercicio de la libertad. Posibilidad de elección que no se limita ni condiciona al trabajador varón, de modo que la prohibición pone en evidencia un inequívoco contenido discriminatorio”.
- “... si bien es cierto que la Constitución Nacional garantiza la libertad de contratar, también lo es que los derechos que reconoce la Constitución Nacional no son absolutos sino que están sujetos a las leyes que los reglamenten. A su vez, la prohibición de discriminar constituye un límite a dicha libertad, lo que obliga al empleador a utilizar un criterio neutro predicable por igual para el hombre y la mujer -en el caso de las discriminaciones directas-, así como a rechazar aquellos otros criterios que, aun cuando sean formalmente neutros, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo, en el supuesto de las denominadas discriminaciones indirectas o de impacto adverso”.

Finalmente, después de haber acreditado la discriminación, el Tribunal resolvió revocar la sentencia apelada y condenar a la empresa “a que, en el futuro, sólo contrate personal femenino hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida. A tal fin, deberá presentar a la actora un informe anual, y deberá permitirle el acceso a la información correspondiente. En caso de no cumplir con lo aquí dispuesto será sancionada con las multas que, previa audiencia de las partes, se fijen en la etapa de ejecución”.

Como resultado de este fallo, la Fundación Mujeres en Igualdad (MEI) firmó un convenio con la empresa xxx el 3 de abril de 2008, cuyos principales acuerdos son: la empresa se compromete a cumplir con lo establecido por los tratados internacionales de derechos humanos, la Constitución Nacional y la Ley de Contrato de Trabajo sosteniendo el principio de igualdad y no discriminación tanto al seleccionar; iniciar; desarrollar y extinguir el contrato o relación de trabajo como al distribuir los puestos de trabajo, respetando el principio de igual remuneración por tarea de igual valor; además se compromete a informar a MEI, a más tardar el 31 de marzo de cada año, la evolución de la dotación de su personal por género; la empresa continuará manteniendo una composición equitativa y razonable de su dotación de personal en lo relativo a género, comprometiéndose a hacer sus mejores esfuerzos para mantener la igualdad de oportunidades en igualdad de condiciones. En cuanto a M.E.I.: la actora se compromete a no comunicar o utilizar el presente acuerdo de forma en que transmita una imagen que desvalorice o que sea peyorativa respecto de la empresa.

Cámara Civil, Buenos Aires, 16 de diciembre de 2002. Fundación Mujeres en Igualdad: Caso F.: el litigio y el acuerdo, http://www.mujeresenigualdad.org.ar/Otros_LitigiosFreddo.html

D. LAS PRUEBAS DE EMBARAZO COMO REQUISITO PARA LA CONTRATACIÓN O PARA CONTINUAR CON LA RELACIÓN DE TRABAJO

Como ya se dijo, el Libro Blanco antes citado, ha determinado que la realización de pruebas de embarazo a las mujeres de previo a ser contratadas, e inclusive durante la contratación, es una práctica extendida y su eliminación es la mayor prioridad acordada por los Ministros de Trabajo en materia de género e igualdad. Los empleadores exigen esas pruebas como condición para otorgar el trabajo, pues desean asegurarse que la trabajadora no se encuentre en proceso de embarazo y evitarse, de esta manera, el pago de las prestaciones legales correspondientes.

En El Salvador y Honduras la solicitud de pruebas de embarazo está prohibida de manera explícita, no obstante, ello no ha impedido que algunos empleadores las soliciten. Puede ser, inclusive, que las trabajadoras sepan que esta práctica es ilegal, no obstante, su necesidad del trabajo es imperiosa en países con grandes segmentos de pobreza y exclusión y pocas maneras efectivas de acceder a la justicia.

Sin embargo, a pesar de la gran importancia de este tema, en la presente recopilación no se han encontrado casos ante los tribunales de justicia de la subregión, referidos a las pruebas de embarazo, por lo cual no existe jurisprudencia al respecto.

En Costa Rica, sin embargo, una empresa presentó una consulta a la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS), para saber si podía solicitar a una trabajadora que se realizara un ultrasonido ya que había ingresado a laborar hacía mes y medio en una empresa pequeña y al cumplir el mes de labores había presentado la prueba de embarazo, por lo cual la empresa tenía duda de si ya estaba embarazada cuando empezó el trabajo y, en caso de que se comprobara lo anterior, la empresa quería saber si era posible prescindir de los servicios de la trabajadora. El MTSS luego de explicarle a la parte empleadora las disposiciones del CT en relación con las trabajadoras embarazadas y el fuero de protección que las cubre enfatiza que *“la trabajadora no está obligada a comunicar su estado*

*antes de ser contratada, pues ello significaría un impedimento para obtener el empleo, además de que resulta ser un aspecto íntimo que solamente se comunica para efectos de obtener la protección que establece la legislación para las trabajadoras en estado de embarazo”*⁸⁸.

Asimismo, la Sala Segunda de Costa Rica se ha referido a este asunto al analizar diferentes casos relacionados con trabajadoras embarazadas. En uno de ellos establece claramente que *“... solo es necesario informar, sobre su estado (de embarazo), cuando se tenga la necesidad de la protección, lo cual sucede ante la posibilidad real o inminente del despido, pero no para salvaguardar algún interés patronal, sino, los propios intereses de la trabajadora y de su niño o niña, en gestación, de encontrar protección”*⁸⁹ (el subrayado no es del original).

En otra sentencia la referencia a las pruebas de embarazo es aún más clara: *“... exigirle, a una trabajadora, que indique, al momento de la contratación, si está o no embarazada, constituye un claro acto discriminatorio; ya que, tal proceder, no se justifica pues iría siempre dirigido a prescindir de la eventual contratación; lo cual, sin duda, la deja en una condición de desventaja, por una diferencia natural e inmanente, a la vez que se le discrimina por un hecho natural y socialmente deseable, como lo es el de la reproducción humana; ante lo cual, debe enfrentar no sólo las normales consecuencias físicas de un embarazo, sino también las negativas y perjudiciales consecuencias sociales y laborales, en su daño. Por consiguiente, ya la Sala lo ha dicho, ese hecho no puede servir para justificar un despido; pues, avalar tal posición jurídica, conllevaría una flagrante violación al Derecho de la Constitución, la cual consagra, al igual que muchos otros instrumentos jurídicos, el derecho fundamental a la igualdad (artículo 33)”*⁹⁰.

88. Consulta DAJ-AE-428-05 del 6 de octubre de 2005 presentada a la Dirección de Asuntos Jurídicos, Departamento de Asesoría Externa, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS), Costa Rica.

89. Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2001-00456 de las 15:05 hrs. del 10 de agosto de 2001.

90. Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2002-00379 de las 09:50 hrs. del 31 de julio de 2002.



En Colombia sí se han presentado casos, ante la Corte de Constitucionalidad, directamente relacionados con las pruebas de embarazo. Uno de ellos data de 1999⁹¹ y se trata de una acción de tutela contra una empresa, interpuesta por una trabajadora que estimó violados sus derechos a la igualdad, al trabajo, a la maternidad y a la familia.

La empresa, para la cual laboraba, le exigió una prueba de embarazo como condición para prorrogarle un contrato de tres meses. La Corte de Constitucionalidad al conocer el caso, establece claramente que la exigencia de pruebas de embarazo es ilegítima e inconstitucional (véase el Recuadro N° 19).

Cuadro N° 19. Colombia: la exigencia de “pruebas de embarazo” con el propósito de condicionar el ingreso o la estabilidad de la trabajadora es ilegítima e inconstitucional

“c) Toda mujer tiene derecho constitucional al trabajo, en condiciones de igualdad respecto del hombre, y no puede ser discriminada para su vinculación laboral ni para los fines de su estabilidad en el empleo por razón de su sexo ni por su estado de embarazo.

A la vez, toda mujer tiene derecho a la maternidad y es libre de definir, en los términos del artículo 42 de la Carta Política, junto con su pareja, el número de hijos y el momento en el cual quedará en estado de gestación, independientemente de si se encuentra o no vinculada laboralmente.

Ninguno de los dos derechos enunciados puede ser sacrificado, por la voluntad unilateral del patrono, en términos tales que se vea la mujer expuesta a una forzada escogencia entre sus oportunidades de trabajo y su natural expectativa respecto de la maternidad.

En ese orden de ideas, todo acto del patrono orientado a “sancionar” o a impedir el embarazo de la empleada, o a investigar si él existe para que de allí dependa el acceso, la permanencia, o la promoción de la mujer en el trabajo, se revela como ilegítimo e inconstitucional y, en los términos dichos, puede ser objeto de acción de tutela.

Así, la exigencia de “pruebas de embarazo” por parte de una empresa, con el propósito de condicionar el ingreso o la estabilidad de la trabajadora en la nómina de la misma, es una conducta reprochable que implica vulneración del derecho a la intimidad de la empleada y de su familia y que lesiona también el libre desarrollo de su personalidad, afectando por contera el derecho al trabajo”.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1002/99, Santa Fe de Bogotá, D.C., a los 9 días del mes de diciembre de 1999.

También es importante resaltar que la Corte Constitucional colombiana ha considerado procedente la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales de la mujer trabajadora “con el fin de no dejar al vaivén su subsistencia y la de su hijo” y para la “protección constitucional en casos de despido injustificado o demostración de discriminación”⁹².

91. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1002/99.

92. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-472/02.

Discriminación directa e indirecta durante la contratación

QUINTA PARTE

Durante la contratación, las mujeres pueden ser discriminadas de diversas maneras: salarios más bajos que los hombres que ocupan los mismos puestos, menores ascensos, mayores exigencias, menores oportunidades de capacitación y formación profesional, despido por embarazo e irrespeto al fuero de protección durante el embarazo y el período de lactancia, hostigamiento laboral, acoso sexual, entre otros.

La jurisprudencia de la subregión se ha referido al tema del fuero de protección por embarazo y período de lactancia, además en Costa Rica hay importantes antecedentes jurisprudenciales relacionados con el hostigamiento o acoso sexual, no así en los otros países. La discriminación durante la contratación por razones relacionadas con el embarazo y por acoso sexual será analizada más adelante en forma separada.

En cuanto a la discriminación en razón del género por razones distintas a estas dos, es poca la jurisprudencia encontrada.

Como ya se mencionó, son escasos los reclamos presentados por trabajadoras que alegan discriminación en razón del género y más escasas aún las referencias directas a la discriminación por parte de los juzgadores. En los reclamos por extremos laborales diversos (despido injusto, pago de preaviso, cesantía, vacaciones, horas extra, etc.) que presentan las trabajadoras en los tribunales de justicia, se encuentran “escondidas” situaciones de discriminación que no son analizadas como tales.

Sin embargo, se pueden citar algunos indicios de discriminación, aunque ésta no sea alegada. Tal es el caso de los despidos de trabajadoras por “reestructuración” de la empresa o de la institución, la cual también es una causa comúnmente alegada para despedir a trabajadoras embarazadas o en período de lactancia, como se verá más adelante.

En Honduras se encontraron varios casos de despido a trabajadoras por reorganización de personal. En todos, los tribunales determinaron que al no ser la reorganización una causal de despido establecido en el Código de Trabajo, se constituye como ilegal e injusto, aún en casos de empleo en instituciones públicas, las cuales alegan aplicación de decretos y legislación tendientes a buscar eficiencia en la función pública y control del gasto⁹³. En algunos de estos casos se constata que posteriormente se ubicó a otra persona en el puesto de la trabajadora despedida “que empezó devengando un salario superior al que devengaba aquella”⁹⁴.

A. LAS TRABAJADORAS DOMÉSTICAS

Un ejemplo muy claro de discriminación indirecta lo constituye la situación del trabajo doméstico, actividad llevada a cabo casi en su totalidad por mujeres. Realizan un trabajo considerado “típicamente femenino” (lavar, planchar, limpiar, atender a otras personas, cuidar a otras personas, etc. en una casa de habitación) y, por lo tanto, desvalorizado y subestimado. Además, muchas trabajadoras domésticas son migrantes, indígenas, afrodescendientes, con baja escolaridad, provenientes de hogares sumidos en la pobreza, madres solteras, etc.

Las trabajadoras domésticas representan un ejemplo de discriminación indirecta, pues disposiciones en apariencia “neutras” en la realidad afectan desproporcionadamente a las mujeres, que son quienes se ocupan mayoritariamente de estas labores. Esta discriminación en muchos casos proviene de la ley, puesto que la mayoría de los Códigos de Trabajo

93. Juzgado Primero de Letras del Trabajo, Tegucigalpa, Honduras, Sentencia Exp. 2675 del 7 de Mayo de 2003. En similar sentido: Juzgado de Letras Primero del Trabajo, Tegucigalpa, Honduras, Sentencia Exp. 1307 del 8 de Junio de 2001, y Corte de Apelaciones del Trabajo, Tegucigalpa, Honduras, Sentencia Exp. 3330 del 3 de Noviembre de 2004.

94. Juzgado Primero de Letras del Trabajo, Tegucigalpa, Honduras, Sentencia Exp. 2675 del 7 de Mayo de 2003.



tienen un régimen especial aplicable al trabajo doméstico, el cual se caracteriza por jornadas más largas, descansos más reducidos, no pago de horas extra (véase Recuadro N° 20).

Recuadro N° 20. Jornada y descansos de las trabajadoras domésticas según los Códigos de Trabajo de algunos países.

País	Jornada	Descansos	Total de jornada posible
República Dominicana	Art. 261 CT. No se sujeta a horario	Art. 261 CT. Reposo ininterrumpido de nueve horas por lo menos	15 horas
El Salvador	Art. 80 CT. Pueden trabajar durante tres semanas seguidas con horarios de hasta 12 horas diarias	Art. 80 CT. Descanso mínimo de 12 horas diarias, de los cuales 10 serán nocturnas y continuas y las otras 2 deberán destinarse para las comidas	12 horas
Guatemala	Art. 164 CT. No está sujeto a horario ni a las limitaciones de la jornada de trabajo	Art. 164 CT. Descanso absoluto y mínimo de 10 horas diarias, por lo menos 8 nocturnas y continuas, 2 deberán destinarse a las comidas.	14 horas
Honduras	Art. 154 CT. No se aplicarán las disposiciones sobre días de descanso, feriados o de fiesta nacional.	Art. 154 CT. 10 horas diarias, por lo menos 8 han ser nocturnas y continuas, y 2 deben destinarse a las comidas.	14 horas
Panamá	Art. 231 inc 2 CT. No está sujeto a horario	Art. 231 inc 2 CT. Por lo menos descanso absoluto desde las 9 p.m. a 6 p.m.	15 horas

Fuente: Códigos de Trabajo de República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras y Panamá.

Inclusive, en algunos países como El Salvador, se permite la aplicación de causales especiales de despido y sin responsabilidad para el patrono por una amplia variedad de razones, no siempre demostrables objetivamente y que en general favorecen a los patronos⁹⁵.

A cambio de las largas jornadas y las desfavorables condiciones, las trabajadoras domésticas, por lo general, no ganan ni el salario mínimo. En Guatemala “mientras que el artículo 103 del Código de Trabajo reconoce el derecho de todos los trabajadores de Guatemala a un salario mínimo que cubra sus necesidades normales de orden material, moral y cultural que le permita satisfacer sus deberes como jefe de familia, no obstante, las trabajadoras domésticas no gozan de este derecho y su salario varía considerablemente en función de la casa donde trabajan, y parece estar determinado en parte por las tareas para las que se le ha contratado”⁹⁶.

En Honduras la mayoría de los aspectos laborales, que son derechos reconocidos para otras ocupaciones, en el caso del trabajo doméstico, son discrecionales, es decir, se aplican a voluntad de la persona contratante⁹⁷.

En Nicaragua en el 2008 se introdujeron reformas al Código de Trabajo dirigidas a eliminar el trabajo infantil doméstico y a la “dignificación del trabajo doméstico remunerado adolescente (...) No obstante, dicha reforma no significó avances en relación al TDR (trabajo doméstico remunerado) desempeñado por personas adultas. Persiste en la nueva normativa sobre “Condiciones Especiales de trabajo del Servicio Doméstico” sesgos discriminatorios en perjuicio de las empleadas domésticas. El más serio está en el Artículo 147 sobre la duración de la jornada laboral. Funcionarias del Ministerio del Trabajo consideran que de este artículo se infiere que la jornada laboral de las empleadas domésticas puede ser hasta de 12 horas diarias”⁹⁸.

95. Vega, A. L. et. al.: *La institucionalización sociocultural y jurídica de la desigualdad: el trabajo doméstico remunerado en El Salvador*, Consejo de Ministras de la Mujer de Centroamérica del Sistema de Integración Centroamericana (COMMCA/SICA), 1ª ed., San Salvador, 2010, pp. 48 y ss.

96. Cabrera Merida, N.O., et. al.: *La institucionalización sociocultural y jurídica de la desigualdad: el trabajo doméstico remunerado en Guatemala*, Consejo de Ministras de la Mujer de Centroamérica del Sistema de Integración Centroamericana (COMMCA/SICA), 1ª ed., Guatemala, 2010, p. 80.

97. Martínez, N., et. al.: *La institucionalización sociocultural y jurídica de la desigualdad: el trabajo doméstico remunerado en Honduras*, Consejo de Ministras de la Mujer de Centroamérica del Sistema de Integración Centroamericana (COMMCA/SICA), 1ª ed., Tegucigalpa, 2010, p. 70.

98. Palacios, M., et. al.: *La institucionalización sociocultural y jurídica de la desigualdad: el trabajo doméstico remunerado en Nicaragua*, Consejo de Ministras de la Mujer de Centroamérica del Sistema de Integración Centroamericana (COMMCA/SICA), 1ª ed., Managua, 2010, p. 70.

En Costa Rica existe un caso paradigmático relacionado con el trabajo doméstico y que ha sido conocido por el Tribunal Constitucional del país. Este caso ha tenido varias etapas.

En ese país, al igual que en la mayoría de los países como ya se ha dicho, las trabajadoras domésticas tenían una jornada ordinaria de 12 horas con posibilidad de cuatro horas extraordinarias; descanso de solo una hora que podía coincidir con la alimentación; en lugar de pagarles los feriados se les otorgaba media jornada; y el descanso semanal consistía solo de media jornada y dos veces al mes debía recaer en el día domingo (Art. 104 inc. c), d) y e) CT).

En 1994 la Asociación de Trabajadoras Domésticas (ASTRADOMES) presentó un recurso de inconstitucionalidad contra los incisos c), d) y e) del artículo 104 del CT por violentar la Constitución, así como instrumentos internacionales ratificados por el país (como la CEDAW y el Convenio núm. 111). En esa oportunidad el voto de mayoría de la Sala Constitucional, no consideró que el régimen era inconstitucional, pues se encuadraba en “los casos de excepción muy calificados a que se refieren los artículos 58 y 59 de la Constitución Política”⁹⁹.

No obstante, en el año 2007 ASTRADOMES volvió a interponer el recurso de inconstitucionalidad y en esta oportunidad la Sala Constitucional declaró inconstitucional los incisos d) -que concedía únicamente media jornada de descanso para la trabajadora doméstica en cualquier día de la semana- y e) que establecía un descanso de media jornada para las trabajadoras domésticas en los días feriados remunerados, mientras que el mismo CT le concedía la jornada completa a los demás trabajadores. Los magistrados y magistradas consideraron que las disposiciones contenidas en esos incisos representaban “una discriminación infundada carente de toda justificación objetiva”, pues no hay nada que justifique que el trabajo doméstico esté sometido a un régimen de excepción. Por el contrario, ese régimen de excepción es incompatible con la Constitución y con los instrumentos en materia de derechos humanos (véase un extracto del fallo en el Recuadro N° 21).

Recuadro N° 21. Costa Rica: Los incisos d) y e) del Art. 104 del Código de Trabajo, referentes al descanso de las trabajadoras domésticas son discriminatorios.

“...la Sala por unanimidad estima que los incisos d) y e) suponen una discriminación infundada carente de toda justificación objetiva. No se aprecia en el caso presente la existencia de un elemento diferenciador, objetivo y razonable, que justifique el que se trate al servicio doméstico bajo un régimen de excepción, con un descanso de media jornada por semana y en los días feriados, cuando es la propia Constitución la que establece que tales regímenes únicamente se pueden implementar en casos “muy calificados”. En este sentido, el hecho que la Constitución le asigne al Legislador la facultad de determinar esos supuestos de excepción, en modo alguno los exime del riguroso análisis de razonabilidad y proporcionalidad que debe realizar el Tribunal Constitucional, para determinar su adecuación a los derechos protegidos en la Constitución Política y en los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos aplicables en la República. Tal adecuación no se verifica en el caso concreto, teniendo en consideración el contenido del derecho consagrado en el artículo 33 de la Norma Fundamental y en diversos instrumentos internacionales. Es evidente más bien la incompatibilidad de las normas impugnadas con el Derecho de la Constitución y con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en cuanto obliga a las personas que brindan el servicio doméstico a disfrutar de períodos de descanso inferiores a los previstos en la Norma Fundamental, sin tener en cuenta –se repite– la existencia de un elemento diferenciador que lo sustente, como sí se produce en las ocupaciones y los servidores descritos en el artículo 143 del Código de Trabajo –es decir, los gerentes, administradores, apoderados y todos aquellos empleados que trabajan sin fiscalización superior inmediata; los trabajadores que ocupan puesto de confianza; los agentes comisionistas y empleados similares que no cumplan su cometido en el local del establecimiento; los que desempeñan funciones discontinuas o que requieran su sola presencia; y las personas que realizan labores que por su indudable naturaleza no están sometidas a jornada de trabajo– los cuales ocupan puestos de alta jerarquía, y cuentan, por ello, con beneficios que compensan la ampliación de la jornada. Ninguna de estas compensaciones se verifica en el servicio doméstico; de ahí también que las normas aludidas lesionan el Derecho de la Constitución”.

Sala Constitucional de Costa Rica, Resolución N° 2007-03043 de 14:54 hrs. de 7 de marzo de 2007.

99. Sala Constitucional de Costa Rica, Resolución 3150 de las 15:06 hrs. del 28 de junio de 1994.



En esta oportunidad la Sala Constitucional cambió de criterio, con respecto al fallo citado de 1994, y al cabo de 13 años algunos de los reclamos de ASTRADOMES, con el respaldo de grupos importantes del país, fueron atendidos.

No obstante, en la sentencia del 2007, el voto de mayoría consideró que la jornada ordinaria del servicio doméstico no era inconstitucional por cuanto *“Por un lado, el Código habla de una “jornada ordinaria máxima” de doce horas, pero debe reconocerse el hecho notorio de que no siempre se llega a ese máximo. Por otro lado, la existencia de una jornada inferior –también ordinaria- no afecta el salario mínimo establecido para esta categoría de trabajadores. Finalmente, las condiciones particulares de las labores domésticas, hacen razonable que en este caso específico el Código señale una jornada máxima, con imposibilidad de extenderla en jornada extraordinaria...”*¹⁰⁰.

La sentencia concluye advirtiendo que es potestad del legislador determinar, con base en criterios objetivos y razonados cuál es el régimen laboral que debe aplicarse en el caso de las servidoras domésticas. Al siguiente año, ASTRADOMES presentó un nuevo recurso de inconstitucionalidad, contra la última disposición que la Sala Constitucional dejó vigente, referida a la jornada, no obstante los magistrados, en su mayoría, fallaron de igual forma¹⁰¹.

En el 2009, la Asamblea Legislativa de Costa Rica aprobó una ley de reforma al capítulo octavo del título segundo del CT, se trata de la Ley de Trabajo Doméstico Remunerado¹⁰². Entre otros aciertos, la reforma establece la jornada ordinaria efectiva de ocho horas en jornada diurna y de seis horas en jornada nocturna, equiparando finalmente a las trabajadoras domésticas con el resto de trabajadores del país.

Existe otra sentencia paradigmática de Costa Rica, que se relaciona con la discriminación después de la contratación, que afecta a muchas trabajadoras, pero en especial a las trabajadoras domésticas. Es usual que los y las empleadores nunca aseguren a sus trabajadoras domésticas, aunque trabajen muchos años. En un caso en particular una trabajadora doméstica presentó una demanda laboral pues durante su relación laboral de aproximadamente 21 años como servidora doméstica en una vivienda, nunca fue asegurada ante la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) y al solicitar una pensión por vejez a sus 72 años se le denegó por no haber cotizado cuota alguna para el régimen de invalidez, vejez y muerte.

Los magistrados y magistradas establecieron que si se incumplió la obligación patronal de empadronar a la trabajadora en el régimen de seguridad social, no debería la trabajadora sufrir las consecuencias. Así, dispusieron que la CCSS está en la obligación de otorgar la pensión y luego reclamar lo correspondiente al empleador moroso. Esta tesis fue sustentada en las normas de derechos humanos plasmadas en la CEDAW, en la Convención de Belém do Pará y en la Constitución Política. Además, los juzgadores reconocieron la vulnerabilidad de quienes se ocupan del trabajo doméstico y que son, en su mayoría, mujeres (véase Recuadro N° 22).

100. Sala Constitucional de Costa Rica, Resolución N° 2007-03043 de 14:54 hrs. de 7 de marzo de 2007.

101. Sala Constitucional de Costa Rica, Resolución N° 2008-16970 de 14:48 hrs. del 12 de noviembre de 2008.

102. Ley N° 8726 de 2 de julio de 2009, Costa Rica.

Recuadro N° 22. Costa Rica: La trabajadora no debe sufrir las consecuencias de no haber sido asegurada por el empleador.

“... el hecho que la persona trabajadora, no hubiera estado asegurada por su empleador, no es óbice para que pueda disfrutar de los beneficios sociales que la legislación dispone, ya que una vez demostrada la existencia y extensión del contrato laboral, la Caja Costarricense de Seguro Social, estará en la obligación de brindar el beneficio, subrogándose el derecho de reclamar ante el patrono moroso el reintegro de los aportes atrasados (...) El asunto bajo análisis, es un caso concreto de violación de normas de derechos humanos relacionadas con el disfrute de determinadas condiciones laborales, que deben tener todas las trabajadoras, previstas en los tratados internacionales y normas constitucionales, dentro de las cuales sobresale la convención sobre todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), ratificada por Costa Rica el 04 de abril de 1986 y, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, también conocida como “Convención de Belém do Pará”, aprobada mediante Ley n° 7499 del 02 de mayo de 1995, en concordancia con lo previsto en los numerales 7 y 73 de la Carta Magna. En efecto, quienes se ocupan del trabajo doméstico, generalmente son mujeres pertenecientes a sectores poco privilegiados económicamente, con escasa educación, y constituyen una población laboral considerablemente sensible. La prestación laboral que brindan estas trabajadoras, se ofrece en la mayoría de los supuestos en casas de habitación, donde impera suma privacidad. Esa situación de vulnerabilidad crece cuando las empleadas viven en la casa de sus empleadores, tal y como sucedió en el caso bajo análisis, en el que también ha quedado demostrado que a la accionante se le impidió disfrutar de los beneficios de la seguridad social, con total inobservancia del deber que tiene todo patrono, de asegurar sus trabajadores (as). Sumado a lo anterior existió incumplimiento de la CCSS, al no ejercer su deber de supervisión, generando con este proceder una conducta negligente, que no puede perjudicar a la trabajadora en su condición de adulta mayor...”.

Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2009-001230 de 11:25 hrs. del 2 de diciembre de 2009.

Finalmente, en lo que respecta a las trabajadoras domésticas, es importante citar el fallo del Tribunal de Apelaciones Sur de Nicaragua el cual ordenó reajustar el salario de una trabajadora doméstica, a través del pago del complemento de salario mínimo¹⁰³.

103. Tribunal de Apelaciones Sur, Sala de lo Civil y lo Laboral, Nicaragua, Sentencia N° 31 de 24 de agosto de 2001.



Discriminación directa por razones vinculadas a la maternidad

SEXTA PARTE

A. EL PROCESO REPRODUCTIVO

Como ya se ha mencionado, el Convenio núm. 111 prohíbe la discriminación fundada en el sexo, que incluye la discriminación relacionada con el embarazo y el parto.

El Convenio núm. 3, que también ya ha sido mencionado, fue el tercer Convenio aprobado por la CIT en el mismo año de fundación de la OIT, 1919. Este Convenio protege los derechos de las mujeres trabajadoras en la industria y el comercio. En 1952 se revisó y se adoptó el Convenio sobre la protección a la maternidad (revisado), 1952 (núm. 103), que amplía la protección a las mujeres que trabajan en ocupaciones no industriales y agrícolas y a las trabajadoras domésticas. En junio del 2000 se aprueba el Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183), que se aplica a todas las mujeres trabajadoras, incluidas las que desempeñan formas atípicas de trabajo dependiente. Las principales disposiciones del Convenio núm. 183 ya fueron mencionadas en la primera parte de este documento.

La jurisprudencia de la subregión reafirma y refuerza la protección constitucional a la maternidad, refiriéndose exclusivamente a la mujer. No obstante, en Costa Rica se

encontró un recurso de inconstitucionalidad en contra de una convención colectiva que, entre otros aspectos, confería licencia con goce de salario al trabajador en caso de nacimiento de uno de sus hijos. El Tribunal Constitucional costarricense no consideró tal disposición contraria a la Constitución, pues ya está establecida en algunas leyes como el propio Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento. La Sala razonó que “...debe tomarse en consideración que la licencia que impugna la accionante es una autorización excepcional y sin duda alguna de carácter especial. Partiendo de la especial protección que otorga a la familia el artículo 52 de la Constitución Política, se justifica el otorgamiento de licencias a los trabajadores por el nacimiento de sus hijos, las cuales en todo caso son otorgadas por un plazo razonable”¹⁰⁴.

Por otro lado, en Costa Rica existen numerosas sentencias que se refieren a la norma constitucional de protección a la maternidad. A partir de la promulgación de la ley 8107, antes citada, que introdujo un capítulo en el CT sobre la prohibición de discriminar en el trabajo, la visión de los magistrados y magistradas se ha ampliado, en el sentido de considerar que en el despido de la mujer embarazada o en período de lactancia subyace una discriminación por género (véase Recuadro N° 23).

Recuadro N° 23. Costa Rica: En el despido de la mujer embarazada o en período de lactancia subyace una discriminación por género.

“El despido de la mujer embarazada o en período de lactancia también es contrario a lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución Política y a la Ley N° 8107 de 18 de julio de 2001, porque en él subyace una discriminación por género, prohibida por esa normativa, que adicionó el Título XI del Código de Trabajo (artículos 618 y 624), y tiene sustento en el artículo 51 constitucional, y en el artículo XII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que dice “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidado y ayuda especiales”; en el artículo 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), que prohíbe la discriminación por sexo, está íntimamente ligada a la discriminación por embarazo y al Convenio 111, artículos 1 y 2 de la Organización Internacional de Trabajo, ratificado por Costa Rica el 1° de marzo de 1962. La Sala, en múltiples ocasiones, ha destacado

104. Sala Constitucional de Costa Rica, Resolución N° 2006-17437 de las 19:35 hrs. del 29 de noviembre de 2006. En sentido similar: Sala Constitucional de Costa Rica, Resolución N° 2007-1144 de las 15:21 del 30 de enero de 2007.

que las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia están protegidas por un fuero especial que constituye una clara excepción al régimen general de libre despido, propio del sector privado. Se presupone la naturaleza discriminatoria de los despidos injustificados de las mujeres en estado de gestación-presunción -iuris tamtum-; y que le corresponda al patrono probar, a ciencia cierta, que se trata de un despido objetivo debidamente autorizado por el órgano competente. En otras palabras, la normativa aplicable, reconoce la existencia de actos y comportamientos “objetivamente discriminatorios” que, por eso mismo, son ilícitos. La intención de discriminar por razón de sexo pierde así toda importancia, desplazándose la relevancia jurídica de aquellos a su efecto prejudicial (sic)”

Sala Segunda de Costa Rica, Resolución N° 2009-00375 de 10:10 hrs. del 8 de mayo de 2009.

La jurisprudencia panameña señala que “La protección de la maternidad forma parte del programa ideológico de la Constitución Política de la República, y es un valor jurídico firmemente arraigado en la sociedad panameña, como lo demuestra el hecho de que esa protección ya había sido otorgada en la Constitución de 1946”¹⁰⁵.

En Honduras la Corte de Apelaciones del Trabajo se ha referido al tema de la siguiente manera: “...definitivamente los derechos laborales de maternidad constituyen una protección constitucional ineludible para la trabajadora en estado de embarazo o lactancia-trabajadora e hijo-a los que la Ley no permite renunciar, expresa o tácitamente, por estar de por medio el bien jurídico superior especialmente protegido: El embarazo...”¹⁰⁶. “La ley laboral protege la maternidad, tanto en las relaciones de trabajo entre particulares y con el Estado, sea que se desenvuelvan dentro del marco legal y reglamentario o del contrato de trabajo, por medio de normas que aseguran la estabilidad en el trabajo e imponen el pago de prestaciones especiales o de indemnización, cuando el patrono actúe con desconocimiento de los derechos que ellos consagran, disposiciones que hallan ahora plena justificación y apoyo en la especialísima protección a la maternidad consagrada en los artículos 111 y 128 garantía número 11 de la Constitución de la República”¹⁰⁷.

La discriminación a la trabajadora embarazada no solo puede darse por el despido, sino también por otros medios como la privación de ascensos o calificaciones anuales, el cambio

de puesto, en fin, la jurisprudencia española ha establecido que la prohibición de discriminación por maternidad incluye “todo trato peyorativo a la mujer fundado en la maternidad” (Recuadro N° 24).

Recuadro N° 24. España: la prohibición de discriminación por maternidad incluye todo trato peyorativo a la mujer fundado en la maternidad.

“... se deduce, en relación con la prohibición de discriminación por maternidad, la limitación de las potestades organizativas y disciplinarias del empresario en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, pues es obligado evitar las consecuencias físicas y psíquicas que las medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora, resultando un imperativo constitucional, al mismo tiempo, afianzar los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora (por todas, STC 17/2003, de 30 de enero, FJ 3). Y, aunque ciertamente el art. 14 CE no consagra la promoción de la maternidad o de la natalidad, sí excluye toda distinción o trato peyorativo a la mujer en la relación laboral fundado en dichas circunstancias. La protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo”.

Sala Primera del Tribunal Constitucional de España, Sentencia 182/2005, 4 de julio de 2005.

105. Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sentencia de 2 de septiembre de 2005.

106. Corte de Apelaciones del Trabajo San Pedro Sula, Honduras, Exp. 7349-JF de 19 de junio de 2007.

107. Corte de Apelaciones del Trabajo, Tegucigalpa, Honduras, Sentencia Exp. 3333 del 11 de Enero de 2005. En el mismo sentido: Juzgado Segundo de Letras del Trabajo, Tegucigalpa, Honduras, Sentencia Exp. 258 del 19 de Setiembre de 2001.



i. El derecho a la estabilidad laboral de la trabajadora embarazada o en período de lactancia

La jurisprudencia de la región se refiere al fuero de protección a la trabajadora embarazada, el cual le confiere estabilidad laboral al prohibir que sea despedida por motivos relacionados con el embarazo o la lactancia.

En ese sentido, se pueden citar algunos ejemplos de Panamá, donde las sentencias enmarcan el derecho a la estabilidad laboral de la mujer trabajadora embarazada en principios constitucionales relacionados con la prohibición de discriminar, como lo revelan estos dos ejemplos:

- *“la mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobrecostos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas”*¹⁰⁸.
- *“... la mujer que goza del fuero maternal no puede ser libremente destituida o despedida, y la destitución o despido que se realice en contravención de este fuero es antijurídica, por ser contraria a la Constitución, sin que sea relevante o trascendente que la autoridad nominadora o el empleador desconozca la condición de gravidez al momento de disponer la terminación de la relación de trabajo”*¹⁰⁹.

En Honduras también se reafirma el derecho a la estabilidad laboral de la mujer trabajadora embarazada:

- *“...La ley laboral protege la maternidad, tanto en las relaciones de trabajo entre particulares y con el Estado, sea que se desenvuelvan dentro del marco legal y reglamentario o del contrato de trabajo, por medio de normas que aseguran la estabilidad en el trabajo e imponen el pago de prestaciones especiales o de indemnización, cuando el patrono actúe con desconocimiento de los derechos que ellos consagran, disposiciones que hallan ahora plena justificación y apoyo en la especialísima protección a la maternidad consagrada en los artículos 111 y 128 garantía número 11 de la Constitución de la República”*¹¹⁰.

108. Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de Panamá, Tribunal de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 18 de junio de 2003.

109. Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sentencia de 2 de septiembre de 2005.

110. Corte de Apelación del Trabajo Tegucigalpa, Honduras, Sentencia Exp. 3333 del 11 de enero de 2005.

- *“Que entre los derechos sociales consignados en la Constitución de la República se encuentra la maternidad que está bajo la protección del Estado, protección que constituye un mandato para éste, que se compromete a proteger a las mujeres en estado de gravidez, garantía que es desarrollada en el Capítulo I del Título III del Código del Trabajo que se refiere al Trabajo de las Mujeres y los Menores de edad, para tal efecto la legislación consigna una protección especial en el sentido de que ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia”*¹¹¹.

En República Dominicana se subraya el carácter de orden público que contienen las disposiciones del CT que protegen la maternidad y limitan la libertad de despido del empleador:

- *“...la limitación y reglamentación especial que contiene el Código de Trabajo para la terminación de los contratos de las trabajadoras embarazadas persigue proteger a la maternidad, lo que le imprime un carácter de disposición de orden público, la cual no puede desconocer ninguna de las partes, y su finalidad es impedir que la mujer en ese estado pueda ser separada de su empleo, por su condición (...) en consecuencia, todo acuerdo que signifique la pérdida del empleo de una mujer grávida, durante el periodo de protección establecido por los artículos 232 y 233 del Código de Trabajo, carece de validez, por ser contrario a disposiciones de orden público que persiguen la estabilidad en el empleo de la mujer embarazada”*¹¹².

Igualmente en Costa Rica: *“La Sala, en múltiples ocasiones, ha destacado que las trabajadoras embarazadas están protegidas por un fuero especial que constituye una clara excepción al régimen general de libre despido, propio del sector privado”*¹¹³.

La estabilidad laboral es absoluta únicamente en El Salvador, pues como se puede deducir tanto de la norma constitucional (Art. 42 Constitución) como de la legal (Art. 113 CT) la trabajadora embarazada no podrá ser despedida por ninguna causa, salvo que esta causa se haya

111. Juzgado Segundo de Letras del Trabajo, Tegucigalpa, Honduras, Sentencia Exp. 258 del 19 de septiembre de 2001.

112. Cámara de Tierras, Laboral, Contencioso - Administrativo y el Contencioso - Tributario de República Dominicana, Sentencia del 2 de junio de 1999, N° 17.

113. Sala Segunda de Costa Rica, Resoluciones N° 2001-456 de las 15:05 hrs. del 10 de agosto de 2001, N° 2009-000220 de las 15:15 del 11 de marzo de 2009.

producido anteriormente al embarazo. Refiriéndose al Artículo 42 de la Constitución, la Sala de lo Constitucional de El Salvador señala: *“La norma citada establece claramente que la mujer tendrá derecho al descanso remunerado durante el embarazo y durante el periodo posterior al parto. Además, consagra el derecho a la conservación del empleo durante dicho descanso. En otras palabras, la mujer no podrá ser removida, bajo ninguna circunstancia, de su empleo durante el periodo de su embarazo y posterior al parto”*¹¹⁴ (el subrayado no es del original).

En sede administrativa se encuentra un caso en que la trabajadora embarazada es despedida por reestructuración administrativa en razón de ajuste financiero de la empresa empleadora. De previo al despido, el empleador le solicita a la trabajadora realizarse una prueba de embarazo, para *“evitarse problemas legales por la no procedencia de un despido de trabajadora embarazada”*, la prueba dio resultado negativo y se da el despido correspondiente. No obstante, con una constancia médica emitida por la Unidad Médica del Seguro Social, la trabajadora comprueba su embarazo, por lo cual la Inspección establece que el empleador debe reincorporar a la trabajadora a sus labores habituales¹¹⁵.

Cosa diferente sucede en los otros países donde la estabilidad laboral es relativa, pues está condicionada a que la trabajadora informe a su empleador sobre su embarazo y a que no incurra en alguna causa justa (establecida generalmente en forma taxativa por la legislación laboral) que justifique el despido, la cual debe ser comprobada mediante un procedimiento previo (administrativo o judicial, según el país). Lo importante es determinar que el despido

no se debe al embarazo o a la lactancia y, en ese sentido, la carga de la prueba la tiene el empleador; como ya se mencionó.

En Honduras la única causal de despido prohibida expresamente por ley es el menor rendimiento en el trabajo (Art. 145 CT). Al respecto, la Corte de Apelaciones del Trabajo ha manifestado lo siguiente: *“... el embarazo no es una enfermedad, sino un estado temporal que puede presentarse de forma regular durante el período de nueve meses o con riesgo de pérdida (...) si el embarazo es regular, la trabajadora no está dispensada de cumplir con los deberes y obligaciones generadas por el contrato de trabajo, ni el patrono limitado a disciplinar las faltas en que incurra la trabajadora, salvo quizá cuando el trabajo contratado requiera un esfuerzo físico o cuando se trata del volumen de producción cuando no es razonable, pues el menor rendimiento para el trabajo es la única causa excluida para el despido en razón del embarazo (...) de ahí que, las órdenes en cuanto al trabajo requiriendo calidad en la producción no pueden ser calificadas como hostigamiento por su embarazo como lo hizo el A quo, ni la imposición de las sanciones recibidas por la trabajadora demandante pueden serlo pues solo han sido consecuencia de su actuar irrespetuoso y no solo por la falta de producción considerada por el A quo”*¹¹⁶.

La jurisprudencia costarricense reitera en diferentes sentencias el carácter no absoluto de la estabilidad laboral de la trabajadora embarazada: *“La inamovilidad de la funcionaria embarazada no es un derecho absoluto. Debe informar a su empleador de la existencia del embarazo o la lactancia y no incurrir en las causales de despido”*¹¹⁷.

Asimismo, la jurisprudencia panameña enfatiza en el carácter relativo de la estabilidad laboral de la trabajadora embarazada: *“...la protección de la maternidad no alcanza el carácter de fuero intocable que dispone o absorba causas graves que justifiquen el despido. En este sentido, la conducta, eficiencia, habilidad, capacidad física y mental de la trabajadora son factores que, aunado a otros de carácter económico del*

114. Sala de lo Constitucional de El Salvador; Sentencia Exp. 6-2006 del 15 de mayo de 2007. En el mismo sentido, Sala de lo Constitucional de El Salvador; Sentencia Exp. 554-2005 del 12 de marzo de 2007. En similar sentido las siguientes sentencias que resuelven recursos de amparo de la Sala de lo Constitucional de El Salvador: Exp. 6-2006 del 15 de Mayo de 2007, Exp. 554-2005 del 12 de Marzo de 2007.

115. Dirección General de Inspección de Trabajo de El Salvador; Unidad Especial de Género y Prevención de Actos Laborales Discriminatorios, Acta de Inspección Especial Exp. 597-UD-10-09 del 5 de Noviembre de 2009. En similar sentido las siguientes resoluciones administrativas: Actas de Inspección Especial Exp. 504-UD-09-09 del 25 de Setiembre de 2009, Exp. 591-UD-10-08 del 23 de Octubre de 2008, 437-UD-07-09 del 20 de Julio de 2009 y 574-UD-10-04 del 18 de Diciembre de 2009, todas de la Unidad Especial de Género y Prevención de Actos Laborales Discriminatorios, Dirección General de Inspección de Trabajo, San Salvador, El Salvador.

116. Corte de Apelaciones del Trabajo; San Pedro Sula, Cortés, Honduras, Sentencia Exp. 19165 del 6 de Marzo de 2006, confirmada por la Sala Laboral y Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia que conoció el caso en recurso de casación.

117. Sala Constitucional de Costa Rica, Resolución N° 2006-17859 de las 16:21 hrs. del 12 de diciembre de 2006.



empleador, configuran causales generadoras del despido, incluyendo a las mujeres en estado de gravidez. Pero, en todo caso, deben invocarse y eventualmente acreditarse”¹¹⁸.

Además, la jurisprudencia panameña establece que el fuero de maternidad únicamente se aplica en los contratos laborales por tiempo indeterminado:

- No puede aducirse el fuero de maternidad en convenios laborales que tienen un término pactado¹¹⁹. No procede el reintegro de la trabajadora que alega violación al fuero de maternidad, pues la relación había fenecido por expiración del contrato y el despido alegado no se verificó, el cual es uno de los requisitos sine que non para que proceda el reintegro¹²⁰: “...en el presente caso la propia trabajadora (...), reconoce su firma del documento (...), que consiste en fotocopia del contrato de trabajo por tiempo definido celebrado entre las partes y firmado el 12 de julio de 1993, el cual en su cláusula tercera establece que el término de este contrato es de doce meses. En consecuencia es evidente que no existió despido, por lo tanto no es viable el reintegro de una trabajadora que tenía conocimiento de que su contrato era por tiempo definido”¹²¹.

A la luz de la jurisprudencia panameña, en el período de prueba “ningún trabajador puede alegar ningún tipo de fuero, porque el fuero protege contra el despido y lo que la empresa hizo fue hacer uso de la cláusula del período probatorio, que consagra el derecho de las partes contratantes a disolverlo sin responsabilidad o sea libremente y sin efectos secundarios que vulneren dicha libertad”¹²².

Llaman la atención, además, cinco sentencias encontradas en Panamá que autorizan a los empleadores a despedir a las trabajadoras embarazadas por haber incurrido en ausencias injustificadas -en las que ellas argumentan que se deben a la

necesidad de cuidar a sus hijos enfermos o acompañarlos al médico entre otras razones similares- alegando, en algunos casos, que la trabajadora no logró probar que sus ausencias fueron justificadas¹²³.

Estos son ejemplos de cómo la jurisprudencia panameña ha ido relativizando aún más la estabilidad laboral -ya de por sí relativa por mandato de ley- de la trabajadora embarazada.

En el Salvador una trabajadora embarazada fue despedida en el período de capacitación y evaluación de aptitudes laborales en una empresa estilo call center, habiendo firmado antes un convenio que limitaba la relación contractual a la capacitación y evaluación, con la oportunidad de ser contratada formalmente siempre y cuando los resultados fueran satisfactorios para el patrono. La trabajadora presentó denuncia en sede administrativa, alegando despido injusto, la Inspección en su resolución señala que la trabajadora en ningún momento firmó un contrato individual de trabajo con período de prueba o contrato a plazo. Éstas son las únicas dos formas de contratación reguladas por el CT, pues el “convenio de capacitación y evaluación de aptitudes laborales” suscrito entre la empresa y la trabajadora, es una figura innominada (o no contemplada) por la normativa salvadoreña. Por lo tanto, la Inspección presupuso que la relación laboral es por tiempo indefinido y recomendó la reinstalación inmediata¹²⁴. En el caso de los contratos temporales también aplica el derecho a la conservación del empleo y, en consecuencia, el fuero de protección a la trabajadora embarazada¹²⁵.

118. Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sentencia de 17 de mayo de 1996 citada por Sentencia de 18 de septiembre de 1998. En el mismo sentido las siguientes sentencias del Pleno de la CSJ: 21 de abril de 1995, 15 de mayo de 2003, 13 de abril de 2007.

119. Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de Panamá, Sentencia del 7 de mayo de 2004.

120. Sala Tercera laboral de Panamá, Sentencia de 2 de febrero de 2001, en el mismo sentido: Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sentencia de 28 de abril de 2004.

121. Tribunal Superior de Trabajo del Primer Distrito Judicial de Panamá, Sentencia de 3 de enero de 1996.

122. Sala Tercera de Panamá, Sentencia de 14 de diciembre de 1990.

123. Tribunal Superior de Trabajo del Primer Distrito Judicial de Panamá, Sentencias del 6 de octubre de 2008, 2 de septiembre de 2008 y 24 de noviembre de 2009. También están las siguientes sentencias del mismo tribunal: 22 de mayo de 2009 y 19 de febrero de 2010.

124. Unidad Especial de Género y Prevención de Actos Laborales Discriminatorios, Dirección General de Inspección de Trabajo, El Salvador; Acta de Inspección Especial Exp. 568-UD-09-09 del 8 de Octubre de 2009.

125. En este sentido: Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador; Sentencia Exp. 554-2005 del 12 de Marzo de 2007.

En Costa Rica, la jurisprudencia ha establecido, como regla general, que el artículo 94 y siguientes del CT impiden el despido de la mujer embarazada, sin hacer ninguna distinción, sea cual sea su condición laboral, o bien, independientemente de la duración de su contrato¹²⁶. De lo cual se deriva que el fuero de maternidad rige en el período de prueba y en contratos a tiempo definido:

- El período de prueba es aquel intervalo en el cual el empleador puede poner fin a la relación laboral sin ninguna responsabilidad, según estime conveniente o no mantener, en el puesto, a la persona contratada. *“Sin embargo, tratándose del despido de la mujer embarazada, esa regla general sufre excepción y no basta la simple voluntad del patrono, para concluir la relación. El ordenamiento jurídico le brinda a la trabajadora, en ese estado, una tutela especial según la cual, en el supuesto de que se considere no apta para realizar las labores encomendadas, debe seguirse un procedimiento de naturaleza administrativa, ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo y demostrarse, sin lugar a dudas, que el cese obedece a un hecho objetivo; a saber, su falta de aptitud para el empleo o que no cumple con las expectativas laborales del patrono; y no a un acto discriminatorio en razón de su estado de gravidez. Es decir, el derecho a cesar a una trabajadora, en tal estado, no puede ser arbitrario y por ello el patrono: de previo a hacer efectiva la cesación, deberá gestionar administrativamente y probar que, efectivamente, la trabajadora no es apta para el puesto”*¹²⁷.
- La protección especial a la trabajadora embarazada también se aplica cuando se encuentra en período de prueba siempre y cuando ésta haya comunicado en forma oportuna el estado de gestación y se haya probado que el despido no se debe al estado de gravidez¹²⁸. *“La norma especial prevista en el 94 del CT es general y no puede verse enervada porque la relación laboral no haya alcanzado aún los tres meses, considerados como período de prueba”*¹²⁹.

Recuadro N° 25. Costa Rica: La estabilidad de la trabajadora en estado de embarazo no depende de la voluntad del patrono ni de si el contrato es o no por tiempo determinado.

“¿Está el patrono exento de ir al trámite ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para cumplir lo establecido en el ordinal 94 bis del Código de Trabajo, cuando contrata a una trabajadora por tiempo definido, o bien cuando la ruptura del contrato no es por una causa prevista en el artículo 81 del Código de Trabajo en la ley? Una respuesta afirmativa a esa hipótesis depositaría en la voluntad del patrono la estabilidad de la trabajadora en estado de embarazo. Esto podría dar como resultado situaciones contrarias a la finalidad de la normativa antidiscriminatoria y simplemente trasladaría a la sede judicial la demostración de veracidad o no de la existencia de la actividad temporal, que es, una excepción de acuerdo al artículo 26 del Código de Trabajo. El espíritu del artículo 94 bis mencionado, en las situaciones de embarazo de la trabajadora, es atribuirle a un tercero con autoridad legal, en este caso el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, la labor de revisar la legalidad o no de la terminación del contrato de trabajo. De esta manera, la voluntad de quien legisla, y con el objeto de eliminar estas discriminaciones, lo llevó a establecer esa excepción, no obligando a quienes aplican la ley, hacerlo de manera automática, contraria al sentido común, de manera tal que, no podrían los tribunales de justicia desconocer la existencia de realidades distintas a las comprendidas en el artículo 81 citado, que puedan llevar al empleador a ocupar trabajadoras en determinadas épocas de alta demanda de producción, y prescindir de sus servicios, cuando estas disminuyan y el mercado varíe. Sin embargo, en estricto apego a la finalidad de la norma, corresponde interpretar que es necesario, el mismo procedimiento establecido en el artículo 94 mencionado, es decir, debe acudir oportunamente a la Dirección Nacional y la Inspección General del Ministerio de Trabajo. Este mecanismo de autorización, es la manera como se hace objetiva la intención del empleador y se manifiesta la voluntad de respeto al ordenamiento jurídico. Con este razonamiento, carece de importancia la existencia de un contrato laboral escrito, el nombre que las partes consignaron, y si la contratación fue por tiempo determinado, pues como se dijo, para el despido de la mujer en estado de gravidez, es necesario y obligatorio cumplir con el trámite indicado ante la instancia administrativa competente, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social”.

Sala Segunda de Costa Rica, Resolución N° 2009-00220 de 3:15 horas del 11 de marzo de 2009.

¹²⁶. Sala Segunda de Costa Rica, Resolución N° 2009-00220 de las 15:15 del 11 de marzo de 2009.

¹²⁷. Sala Segunda de Costa Rica, Resolución N° 2000-00948 de las 08:10 hrs. del 24 de noviembre de 2000.

¹²⁸. Ibidem.

¹²⁹. Sala Segunda de Costa Rica, Resolución N° 2001-00136 de las 09:35 hrs. del 23 de febrero de 2001.



ii. El derecho a la lactancia

El fuero de protección a la maternidad comprende el periodo de lactancia que está establecido en las legislaciones de la subregión y cada país fija el tiempo que lo comprende y los requisitos para disfrutar de él. Así, en Costa Rica, el período de lactancia abarca los tres meses del post-parto, cubiertos por la licencia de maternidad. Este es considerado el período mínimo de lactancia y puede extenderse por prescripción médica, extendiéndose también los efectos de la protección: *“Debe reiterarse, que la protección del fuero durante el período de lactancia, se mantiene mientras se extienda y presente al patrono el respectivo certificado médico...”*¹³⁰.

El derecho a amamantar al hijo o hija puede ser negado de muchas maneras indirectas, una de ellas es que el empleador establezca una forma que haga imposible el ejercicio de ese derecho, como se puede observar del siguiente extracto: *“... la forma en que se dispuso conferírsele (el tiempo para amamantar) es decir, intercalado en el horario en que trabaja en la Escuela, tiene como resultado práctico tornar nugatoria la licencia, pues de la experiencia común se deriva que es materialmente imposible desplazarse del centro de San José a Moravia y regresar en quince minutos, y, aunque no resulta imposible, con gran probabilidad sí sería bastante difícil que quien se encarga del cuidado de la menor mientras la madre trabaja, la lleve dos veces al día a la escuela en intervalos de aproximadamente tres horas”*¹³¹.

Cabe destacar una sentencia de 2009, de la Sala Segunda de Costa Rica¹³². Se trata de una trabajadora que fue despedida en el período de lactancia con responsabilidad patronal, sin seguir el procedimiento correspondiente ante la Inspección de Trabajo. La parte empleadora invoca a su favor jurisprudencia de la Sala Segunda en el sentido de que la reinstalación de una trabajadora en período de lactancia debe hacerse dentro del año de lactancia y como en el caso concreto este plazo se había excedido, consideraba que la misma no procedía. Efectivamente, en

1995 (mediante voto número 13 de 15:30 hrs. de 11 de enero de 1995 y otras resoluciones de la década de los noventa), la Sala había establecido que *“si la ley de lactancia materna define como ‘lactante’ al niño de hasta un año cumplido, debemos considerar que ese es el plazo máximo de protección, por el cual se le concede la reinstalación por este tiempo máximo, o sea un año”*. Sin embargo, ya a partir del año 2003 (mediante la resolución n° 787 de 14:10 hrs. del 18 de diciembre de 2003), la Sala había variado su criterio: *“... esa interpretación necesariamente debe variarse porque, en realidad, no cumple con la finalidad de las normas aplicables al caso, cual es, dar una verdadera protección a la mujer en estado de gravidez o en período de lactancia”* y en una paradigmática sentencia¹³³ (véase un fragmento en el Recuadro N° 26), concluyen lo siguiente:

- La jurisprudencia también debe ser dinámica y evolucionar de acuerdo con los cambios en la legislación que implican un mayor reconocimiento de la responsabilidad social respecto de la maternidad.
- La tarea de reproducción que tiene la mujer comprende no solo su estado de embarazo, sino sus funciones de lactancia. Por lo tanto, en un despido en esas circunstancias se presume discriminación por género.
- La protección de la maternidad contenida en el CT de Costa Rica, debe interpretarse a la luz del capítulo que se refiere a la prohibición de discriminar incorporado a ese cuerpo legal en el año 2001 (mediante Ley N° 8107) y que supone una visión más integral de la discriminación.
- Esta visión amplia de la discriminación, convierte las situaciones usualmente consideradas *“privadas”* (por ejemplo, el cuidado de los hijos e hijas) en colectivas, las cuales no se resuelven con un despido con responsabilidad patronal.

130. Tribunal de Trabajo, Sección III, Costa Rica, Resolución N° 2009-00149 de las 08:35 hrs. del 30 de marzo de 2009.

131. Sala Segunda de Costa Rica, Resolución N° 2008-00584 de las 10:35 hrs. del 18 de julio de 2008.

132. Sala Segunda de Costa Rica, Resolución N° 2009-00375 de las 10:10 hrs. del 8 de mayo de 2009.

133. Sala Segunda de Costa Rica, Resolución N° 2009-00375 de las 10:10 hrs. del 8 de mayo de 2009.

Recuadro N° 26. Costa Rica: El pago de los derechos laborales no elimina el acto discriminatorio de despedir a una mujer en período de lactancia.

“La jurisprudencia de la Sala ha evolucionado con los cambios que ha tenido la legislación en cuanto al reconocimiento de la responsabilidad social respecto de la maternidad, que concuerda con las normas de protección y las garantías de respeto a los derechos humanos en el campo del derecho laboral que concretamente sancionan con claridad las discriminaciones como causal legal de despido. Como ha sido señalado, la tarea de reproducción que tiene la mujer comprende, no solo su estado de embarazo, sino sus funciones de lactancia, de ahí que el rompimiento de un contrato laboral en esas circunstancias se presume discriminatorio por género, y es en consecuencia absolutamente nulo, por lo que, la situación debe volver al estado anterior a que este se ejecutara. Las disposiciones comprendidas en los artículos 94 y 94 bis del Código de Trabajo, establecían reintegraciones parciales a violaciones a derechos humanos que se han visto superadas con la promulgación de la Ley número 8107. Debe quedar claro a la parte demandada que el ordenamiento jurídico costarricense, impide el despido de una mujer en período de embarazo o lactancia, cuando no existe una causal legal de despido, y no se ha tramitado la autorización correspondiente ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Se trata de una clara limitación al derecho de libre despido que en el campo privado han gozado los patronos, distinto al sector público, y el pago de los derechos laborales, tales como el auxilio de cesantía, el preaviso, y cualquier otro tipo de indemnización, no eliminan el acto discriminatorio, ni lo convierte en una actuación legal. (...). De tal forma que, la actitud patronal de despedir con el pago de los derechos laborales en esta situación, conlleva un menosprecio que la sociedad ha adquirido para perpetuación de la especie”.

Sala Segunda de Costa Rica, Resolución N° 2009-00375 de las 10:10 hrs. del 8 de mayo de 2009.

Los CT también ordenan a los patronos, generalmente con más de determinado número de trabajadoras, a acondicionar un lugar en el trabajo o contiguo a éste para alimentar a sus hijos e hijas. Obligación que raramente es cumplida. La Inspección de Trabajo de Honduras ha recibido varias denuncias por incumplimiento y ha determinado que “...el derecho de las madres de lactar cuando lo juzguen conveniente será ejercitado por ellas sin más trámites que participar a la Empresa a la hora que han escogido para amamantar sin descuento de salario. Para dar cumplimiento a esta obligación

consagrada en la ley, los patronos deben establecer un lugar contiguo a la Empresa donde la mujer trabaja, una sala de lactancia para que la madre guarde al niño”¹³⁴.

iii. Formas “encubiertas” de despido a trabajadoras embarazadas

Desafortunadamente, existen muchas maneras de despedir en forma encubierta a la trabajadora embarazada. Son comunes los casos en que el empleador alega reestructuración, pone fin al contrato interino o busca otras, inclusive algunas constituyen formas de hostigamiento laboral (como cambiar de puesto a la trabajadora, enviarla a trabajar a un lugar más alejado u otras formas similares) con el propósito de no asumir los subsidios correspondientes al pre-parto y al post-parto. Ante este tipo de situaciones no es fácil probar la verdadera intención del despido, lo cual presenta un reto importante para las trabajadoras afectadas. En la jurisprudencia existen algunos ejemplos interesantes.

La Sala Segunda de Costa Rica califica el despido de discriminatorio cuando el empleador recurre a argumentos falsos (como que debe cerrar su establecimiento) con el fin de evadir el pago del subsidio correspondiente¹³⁵. Este Tribunal se ha referido a este tema de la siguiente manera:

“Lamentablemente es muy frecuente encontrar, en los juicios que esta Sala ha conocido, que algunos empleadores utilizan el expediente de una supuesta reestructuración o reorganización de personal para burlar los derechos de las trabajadoras embarazadas a mantener el puesto mientras están en ese estado y conservarlo aún después de que dan a luz. Es por ello que en estos casos el examen de la prueba indiciaria es indispensable, así como la aplicación del principio protector en su regla del in dubio pro operario deben jugar un papel preponderante, para tutelar el derecho de las trabajadoras que han sido víctimas de abusos de derecho patronal en el sentido antes apuntado. Por esa razón, el empleador que alegue sospechosamente una “reestructuración de personal” como es el caso de autos, o de reorganización de personal, tiene la carga de la prueba...”¹³⁶.

134. Inspección General del Trabajo, Secretaría de Trabajo y Seguridad Social, Tegucigalpa, Honduras, Resolución del 12 de Noviembre de 2007.

135. Sala Segunda de Costa Rica, Resolución N° 2000-00266 de las 10:35 hrs. del 3 de marzo de 2000.

136. Sala Segunda de Costa Rica, Resolución N° 2005-00202 de las 09:50 hrs. del 15 de marzo de 2005.



En Nicaragua, el TAM repudia y declara ilegal el despido de una trabajadora embarazada alegando “recorte de personal”¹³⁷, como una forma subrepticia de burlar el fuero de protección.

Un colectivo particularmente afectado es el de las maestras o profesoras, muchas de las cuales son contratadas en forma interina por largos períodos. En ese sentido, señala la Sala Segunda de Costa Rica lo siguiente: “...cuando el empleador utiliza indebidamente la contratación a plazo en tareas que por su esencia y naturaleza son permanentes, como ocurre con el ramo de la educación, la conclusión ha de ser que las contrataciones no pueden ser a plazo, y de hacerlo para burlar derechos laborales de los educadores, dicha calificación debe declararse arbitraria y con abuso del derecho por parte del empleador”¹³⁸. Cuando los empleadores (que son, por lo general, los Ministerios de Educación) se enteran del embarazo, ponen fin al contrato interino.

En Panamá los tribunales también se han pronunciado de manera similar: “...estima la Sala que la relación laboral por tiempo definido para la cual fue contratada la señora xxx encubrió una contratación de trabajo de una plaza permanente. Por tanto, no resulta válido el pacto de duración temporal a que se refiere el contrato por tiempo definido, legible a foja 27 del proceso laboral y, consecuentemente, la relación de trabajo entre las partes en conflicto era por tiempo indefinido y el empleador estaba en la obligación de solicitar autorización judicial para despedir a la prenombrada, quien se encontraba amparada por el fuero de maternidad”¹³⁹.

En Nicaragua una trabajadora del Ministerio de Educación que se desempeñaba en forma interina, ante su inestabilidad laboral y por estar en estado de gravidez presentó recurso de amparo, pues no contaba con seguro, consideraba inminente su despido y necesitaba atención médica. La Sala de lo Constitucional consideró que los funcionarios recurridos violaron el inciso 6 del Artículo 82 de la Constitución Política, además del Artículo 144 del CT que establece que la trabajadora en estado de gravidez o gozando de permiso pre y postnatal, no podrá ser despedida, salvo por causa

justificada previamente establecida por el Ministerio de Trabajo¹⁴⁰.

Otras entidades estatales también violentan el fuero de protección que confiere la legislación a la trabajadora embarazada.

Al respecto, vale la pena detenerse en un caso de Guatemala —que ya ha sido citado—, sobre el despido por reorganización de una trabajadora del sector público en período de lactancia y que el Estado, a pesar de reconocer el despido sin justa causa, argumenta que en el sector público no es posible la restitución. La Jueza de Primera Instancia de Trabajo de Quetzaltenango que conoció el caso, declaró con lugar la demanda y consideró que sí era viable la reinstalación, a pesar de tratarse del sector público, invocando para ello la aplicación del Convenio núm. 103 de la OIT, ratificado por Guatemala, y que en virtud del mismo la trabajadora gozaba de inamovilidad¹⁴¹.

En otro caso de Nicaragua, se califica como despido indirecto la suspensión de labores de una trabajadora con 20 años de antigüedad en ese trabajo, como medida disciplinaria, a pesar de que ésta se encontraba embarazada y presentaba problemas de salud con amenazas de aborto. La suspensión aplicada por el empleador era de un año, sin goce de salario y sin derecho al pre-natal y al post-natal. El TAM razonó de la siguiente manera: “...esta Sala considera que la sanción aplicada no está en correspondencia al caso planteado, es decir se desestimó el sentido humano, de igual manera no se valoró las consecuencias socioeconómicas que con tal medida afectaba a la actora de la demanda en su estado Pos-natal, actitud igualmente encaminada a afectar al menor hijo que por razones obvias en tales circunstancias demandaba de atención médica por problemas de salud con síntomas de gravedad según se señala en el expediente, negándose de esa manera los derechos elementales tutelados para la niñez”¹⁴².

Como señala el fallo nicaragüense, discriminar a la trabajadora por razones vinculadas a la maternidad, también violenta los derechos de los hijos e hijas.

137. Tribunal de Apelaciones de Managua, Sala Laboral, Resolución No. 27/2006, Exp. 207-1001-05, de 8 de febrero de 2006.

138. Sala Segunda de Costa Rica, Resolución N° 2009-00163.

139. Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de Panamá, Sentencia de 26 de septiembre de 2003.

140. Sala de lo Constitucional de Nicaragua, N° 0042, 23 de febrero de 2009.

141. Juzgado de Primera Instancia de Trabajo de Quetzaltenango, Guatemala, Expediente 55-2006, 17/07/2006.

142. Tribunal de Apelaciones, Circunscripción Oriental, Nicaragua, Sala de lo Civil y Laboral, Sentencia N° 16 de 28 de enero de 2003.

En este sentido, en Argentina los tribunales, aplicando la normativa internacional, han establecido que las normas de protección a la maternidad no solo protegen a la madre,

sino también los derechos de niños y niñas (Recuadro N° 27) ya sean biológicos o adoptados.

Recuadro N° 27. Argentina: Las normas de protección a la maternidad no solo protegen a la madre, sino también los derechos de niños y niñas.

Acción de amparo promovido por una trabajadora a quien se le negó la licencia por maternidad al adoptar a un niño recién nacido. La empresa demandada adujo imposibilidad de su otorgamiento por cuanto no existe norma nacional vigente que contemple la misma para el caso de adopción. Los juzgadores realizan un análisis del ordenamiento jurídico argentino y, en particular de los compromisos internacionales asumidos en los Tratados con jerarquía superior a las leyes, según la Constitución argentina. Se cita el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Convenio N° 156 de la OIT (ratificado por Argentina), la Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, etc.. Y señalan, entre otros puntos, lo siguiente:

“5) Debe concluirse que las normas reseñadas tienen un objetivo común que apunta a la adopción de medidas que permitan a los trabajadores satisfacer adecuadamente las funciones y obligaciones concernientes a su vida familiar, protegiendo especialmente a la mujer de las prácticas discriminatorias por su condición de madres, previendo a tales efectos la licencia por maternidad que les garantice la estabilidad en el empleo cuando tengan hijos.-

Y es indudable, como ya se advirtiera en la resolución cautelar dictada a fs. 6 que las normas de protección de la maternidad no pueden ser consideradas únicamente como tuitivas de la madre, sino que apuntan también a tutelar al niño en la cobertura de las necesidades propias de todo recién nacido, constituyendo un deber ineludible de los Jueces tutelar tales derechos esenciales -consagrados por la Constitución Nacional, Provincial y Tratados Internacionales- .

En el supuesto que nos ocupa se encuentran afectados seriamente los derechos a la vida familiar y a la igualdad de trato que merecen la madre biológica y la que asume ese mismo rol al recibir un niño en guarda para adopción. En efecto, aparece como absolutamente injusta y discriminatoria la distinción entre ambas que hace la autoridad de aplicación, con fundamento en las leyes vigentes (fs. 12).

Si bien es cierto que nos encontramos ante una situación no contemplada expresamente por el ordenamiento positivo, tal distinción es ciertamente violatoria del derecho a la protección de la familia que surge de la legislación vigente en la materia –como vimos precedentemente-“ .

Cámara del Trabajo de la IIIa. Circunscripción Judicial de la Provincia de Rio Negro, San Carlos de Bariloche, Argentina, Sentencia 79D, 11 de mayo de 2006.

iv. La comunicación del embarazo

Como se dijo anteriormente, para que el fuero de protección a la trabajadora embarazada entre en efecto, es indispensable que la trabajadora comunique su embarazo al empleador y presente un certificado médico de su embarazo. Todas las legislaciones establecen estos requerimientos. Sin embargo, es la jurisprudencia la que ha desarrollado la naturaleza del aviso, la forma del mismo e inclusive el momento de su presentación.

En Costa Rica existe jurisprudencia abundante que le otorga a la presentación de la prueba de embarazo un carácter de requisito probatorio y no de un requisito de admisibilidad. *“La certificación médica no constituye un requisito indispensable para que funcione la protección, sino que puede ser aportado con posterioridad”¹⁴³.*

143. Sala Segunda de Costa Rica, Resolución N° 2001-00194 de las 10:20 del 28 de marzo de 2001. En el mismo sentido: Sala Segunda, Resoluciones 2000-00266, 2009-00871.



En ese país, y según un amplio desarrollo jurisprudencial, la comunicación del embarazo al empleador puede ser verbal o inclusive pueden ser una serie de indicios (por ejemplo achaques, citas médicas, incapacidades, ausencias constantes, etc.) como en un caso en que la trabajadora fue incapacitada por el servicio gineco-obstetricia, lo cual fue considerado como *“presunción grave de que el patrono tenía pleno conocimiento del estado de gravidez de la actora”*¹⁴⁴. Pero, además, también se considera válido que el patrono haya tenido conocimiento del embarazo de la trabajadora porque un tercero se lo comunicó¹⁴⁵. En síntesis, *“La protección prospera cuando se presume, con base en indicios claros, precisos y concordantes que el empleador tenía conocimiento de la gestación de la trabajadora, ... lo que interesa como requisito para que opere la protección, es que el empleador haya tenido conocimiento del embarazo, por cualquier medio, de previo al despido...”*¹⁴⁶ (el subrayado no es del original).

Si el embarazo es evidente la comunicación expresa resulta innecesaria¹⁴⁷, esto lo ha establecido la jurisprudencia costarricense en reiteradas ocasiones. De manera similar, en República Dominicana, el empleador no puede alegar desconocimiento del embarazo y despedir a la trabajadora sin cumplir con las formalidades prescritas por el Código de Trabajo, cuando éste es evidente por encontrarse *“en un período avanzado, lo que hace que la advertencia de ese estado sea ostensible”*¹⁴⁸.

Igualmente en Honduras se señala que la notoriedad del embarazo ya avanzado es un elemento para establecer el conocimiento del patrono y el artículo 144 del Código de Trabajo castiga el despido por razones de embarazo o de lactancia *“pero esta sanción no es concebible cuando el patrono no conoce el hecho, por no ser notorio o por no habersele dado aviso certificado”*¹⁴⁹.

144. Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2001-00238 de las 10:10 hrs. del 27 de abril de 2001.

145. Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2001-00281 de las 10:10 hrs. del 25 de mayo de 2001.

146. Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2009-00871 de las 10:10 hrs. del 4 de septiembre de 2009.

147. Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2001-00282 de las 10:20 hrs. del 25 de mayo de 2001.

148. Corte de Trabajo del Departamento Judicial de San Pedro de Macorís, República Dominicana, Sentencia del 31 de mayo del 2000, N° 24. En el mismo sentido: Sentencia del 27 de noviembre de 2002, N° 36, Boletín Judicial N° 1104.

149. Sala Laboral – Contencioso Administrativo, Corte Suprema de Justicia, Tegucigalpa, Honduras, Sentencia Exp. CL-1072-915J del 1

Es interesante observar la evolución de la jurisprudencia nicaragüense en torno al aviso del embarazo y cómo se ha apoyado en la jurisprudencia costarricense. En el mes de julio del año 2000 el Tribunal de Apelaciones Circunscripción Managua (TAM) resuelve que *“...no se puede exigir al empleador la conducta de acudir al Ministerio del Trabajo a acreditar la existencia de causa justa para despedir a una trabajadora embarazada, si primero no sabe que la trabajadora está embarazada... Al no haber conocimiento, no hay un desvalor del acto jurídico obligación que impone la norma Art. 144 C.T., y en el elemento volitivo o “animus” de actuar ilícitamente contra ley expresa”*¹⁵⁰.

Posteriormente, en un grupo de sentencias de ese mismo año, el TAM sienta jurisprudencia en relación con el carácter del aviso del embarazo de la trabajadora, basándose en jurisprudencia costarricense. En este sentido, ese tribunal señala que la ley laboral no obliga a que la trabajadora dé aviso de su estado de embarazo, citando jurisprudencia de Costa Rica (Resolución No. 608 del Tribunal Superior de Trabajo, Sección Segunda de Costa Rica, de las 16:00 hrs. del 20 de junio de 1995), el TAM establece que el aviso de embarazo es un requisito probatorio y no solemne, además que *“...una trabajadora puede tener diversos motivos para no querer hacer pública su situación, muy comprensibles”*¹⁵¹.

En otro caso¹⁵², la empresa alega desconocimiento del estado de embarazo de la trabajadora a la que deciden trasladar a un trabajo con menor remuneración del que tenía, lo cual es calificado por el TAM como una democión. Además, al momento de realizar este traslado la trabajadora tenía seis semanas de embarazo y había en el lugar de trabajo *“el rumor de que dicha empleada estaba embarazada”*. *“La empresa demandada asegura que el traslado no se debió al embarazo, sino a las indisciplinas de la demandante. Pero el hecho es que ese traslado fue en violación a norma expresa laboral (Arto. 31 C.T.) que produjo (...), un despido indirecto, y*

de Setiembre de 1992. En similar sentido: Corte de Apelaciones del Trabajo, Tegucigalpa, Honduras, Sentencia Exp. 3919 del 8 de Marzo de 2005.

150. Tribunal de Apelaciones Circunscripción Managua, Nicaragua, Sala de lo Laboral, Sentencia N° 137 de 27 de julio de 2000.

151. Tribunal de Apelaciones de Managua, Sala de lo Laboral, Sentencia N° 177, 30 de octubre de 2000.

152. Tribunal de Apelaciones de Managua, Sentencia N° 0231 del 21 de diciembre de 2000.

la despedida estaba en estado de gravidez (...) En sentencia del uno de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, de las dos y treinta minutos de la tarde, esta Sala declaró que la ley laboral no obliga a la trabajadora a dar aviso de su estado de embarazo, desde su inicio, sino que el Arto. 142 C.T., establece esa obligación “para determinar la fecha de iniciación del descanso pre-natal retribuido”.¹⁵³ Los juzgadores nicaragüenses se apoyan en la Sentencia N° 635 del Tribunal Superior de Trabajo de Costa Rica, para concluir que “basta la demostración del estado de embarazo ante el Juez, como ocurrió en la especie, para que la trabajadora despedida sea acreedora a la protección contemplada en la normativa tantas veces citada”¹⁵⁴. En el año 2005, el Juzgado Segundo de Distrito del Trabajo de Managua resolvió de similar manera a la jurisprudencia ya citada¹⁵⁵.

En El Salvador, la Sala de lo Constitucional ha establecido que “...efectivamente, de lo manifestado por la procuradora de la impetrante y de la documentación analizada, se colige que ésta no presentó la prueba necesaria para comprobar su estado de gravidez al momento de que se le notificara la no renovación de su contrato. No obstante lo anterior, debe aclararse que, objetivamente, subsiste la violación constitucional, razón por la cual es procedente declarar ha lugar el presente amparo”¹⁵⁶. La Sala resolvió lo anterior, en atención al derecho a la conservación del empleo durante el embarazo que le asiste a la trabajadora, la cual no puede ser removida bajo ninguna circunstancia¹⁵⁷, ni siquiera por no haber comunicado su embarazo al empleador.

En Panamá un fallo del Pleno de la Corte marca una diferencia entre el fuero en el sector público y en el privado. En el sector privado la prueba válida del embarazo es únicamente el certificado médico, mientras que en el sector público son válidas las pruebas médicas de ultrasonido y de embarazo¹⁵⁸. “... si el artículo 106 (Código de Trabajo) dice que es el certificado médico el que determina el embarazo, el juez no puede fundamentar su decisión de reintegro en otro documento que no sea aquél. (...) La certificación de laboratorio no es suficiente prueba para establecer el estado de gravidez, se necesita la interpretación inequívoca del facultativo”¹⁵⁹.

Es tan estricto que en otra resolución se rechaza el reintegro de una trabajadora embarazada despedida “porque la prueba del estado de gravidez de la trabajadora es el certificado médico y no la tarjeta de control de embarazo del Departamento Materno Infantil del Ministerio de Salud”¹⁶⁰.

En República Dominicana debe comprobarse que el empleador tenía conocimiento del embarazo de la trabajadora por cualquier medio. La trabajadora debe notificar su embarazo al empleador por cualquier medio fehaciente o demostrar que éste se ha enterado por cualquier medio. Se enfatiza que es necesario probar que la trabajadora comunicó su estado al empleador¹⁶¹.

153. Tribunal de Apelaciones de Managua, Sentencia N° 0231 del 21 de diciembre de 2000.

154. Ibidem.

155. Juzgado Segundo de Distrito del Trabajo, Managua, N° 267 del 15 de diciembre de 2005, la cual cita sentencia del Tribunal de Apelaciones, Circunscripción Managua del 14 de julio del 2003, que a su vez cita la sentencia del Tribunal superior de Trabajo, Sección Primera de Costa Rica, Sentencia 635 de las 13:10 hrs. del 9 de junio de 1995, tomado de la obra “El despido discriminatorio de la trabajadora embarazada” del juez costarricense Rolando Vega Robert.

156. Sala de lo Constitucional, El Salvador, Sentencia Exp. 554-2005 del 12 de Marzo de 2007.

157. Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, Máxima 3 de la Ficha del Exp. 6-2006 del 15 de Mayo de 2007.

158. Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sentencia de 17 de mayo de 1996.

159. Sala Tercera Laboral de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sentencia de 13 de noviembre de 1997. En este mismo sentido: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 19 de agosto de 1999 y Juzgado Primero de Trabajo de la Tercera Sección, Sentencia de 26 de junio de 2006.

160. Juzgado Segundo de Trabajo de la Tercera Sección, David, Panamá, Auto 200 de 19 de mayo de 2005.

161. República Dominicana, Sentencia del 18 de marzo de 1999, N° 68, B.J. 1060.



Las responsabilidades familiares como causa de discriminación

SÉTIMA PARTE

El reconocimiento de la importancia social de la maternidad está plasmado en las legislaciones nacionales y en la jurisprudencia de la mayoría de los países de la subregión – aunque se sigue visualizando como un asunto que compete solo a las mujeres– como ya se ha señalado. No obstante, ésta se limita a la licencia y fuero por maternidad y –en algunos países– a la obligación, pocas veces cumplida por los empleadores, de contar con lugares para que las madres amamanten a sus hijos e hijas. Sin embargo, la maternidad y la paternidad van más allá, pues incluyen la responsabilidad y el cuidado de hijos e hijas (y muchas veces de otros familiares como adultos mayores o personas con alguna enfermedad, con alguna discapacidad, etc.).

Persiste con fuerza la creencia de que esa responsabilidad es un asunto privado y se da por sentado que lo asumen las mujeres. Esta creencia no ha cambiado a pesar de la creciente incorporación de las mujeres al mundo laboral. *“La concepción de que las actividades laborales femeninas son secundarias y su ingreso sólo un complemento al presupuesto familiar contradice con la realidad laboral; no obstante, la desvalorización de las responsabilidades domésticas afecta también a la mano de obra y, con ello, a las actividades de la mujer en general, que tiene una autonomía más limitada para elegir sus tareas laborales y de cuidado”*¹⁶².

Ya desde 1981 el Artículo 3 del Convenio núm. 156 señalaba que los Estados debían incluir entre los objetivos de su política nacional el permitir que las personas con responsabilidades familiares ejerzan su derecho a desempeñarse en un empleo, sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales. Esto pocas veces ha sido cumplido, como lo señala un estudio reciente de OIT y PNUD, sobre el trabajo y la familia: *“Salvo excepciones, las políticas nacionales dan*

*por sentado que los cuidados después del nacimiento son básicamente un asunto privado y familiar. El Estado, en general, no atiende las responsabilidades de cuidado”*¹⁶³.

En consecuencia, es común que las mujeres trabajadoras tengan que recurrir a diversas estrategias para poder hacer frente al cuidado de sus hijos e hijas y de otros familiares. Estas consisten en tener siempre una doble jornada (su trabajo o empleo y las labores domésticas), en recurrir a familiares, amistades o guarderías privadas, para la atención de sus hijos e hijas –ante la ausencia generalizada de alternativas públicas–, pero sobre todo persiste la enorme dificultad de hacer conciliar su vida laboral con las responsabilidades familiares.

En la subregión son muy escasas las disposiciones legales referidas a las responsabilidades familiares en que se incluya tanto al trabajador como a la trabajadora, y las sentencias judiciales y administrativas que reconozcan tales responsabilidades también son escasas. Esta ausencia se da inclusive en Guatemala y El Salvador, únicos países de la subregión que han ratificado el Convenio núm. 156, lo cual contrasta con otros países, donde se han emitido sentencias que aplican en forma directa las disposiciones de este Convenio ante la ausencia de legislación nacional, como se puede observar en el Recuadro N° 28.

162. OIT-PNUD: *Trabajo y familia: Hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social*, Oficina Internacional del Trabajo y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Santiago, 2009.

163. Ibidem.

Recuadro N° 28. Nulidad de la suspensión de empleo por la ausencia de una empleada debido a motivos de salud su hijo: aplicación directa del derecho internacional.

Una empleada se ausentó del trabajo durante dos semanas para cuidar de su hijo, operado de apendicitis, alegando motivos de enfermedad. A raíz de ello, su empleador la suspendió de empleo y le dedujo de su sueldo el importe correspondiente al período en que estuvo ausente. El Tribunal Laboral de Maseru señaló, en primer lugar, la existencia de una laguna al respecto en la legislación nacional. El Tribunal se refirió entonces al Convenio núm. 156 de la OIT sobre los trabajadores con responsabilidades familiares y, en concreto, a sus artículos 1, 2, 3 y 4,b), a fin de cubrir las lagunas existentes en la legislación nacional. Sobre esta base, el Tribunal Laboral de Lesotho aplicó directamente las disposiciones del Convenio núm. 156 de la OIT y falló la nulidad de la suspensión de empleo, imponiendo al empleador el pago del sueldo correspondiente al período de tiempo durante el cual la empleada se ocupó del cuidado de su hijo.

Tribunal Laboral de Lesotho, Palesa Peko c. la Universidad Nacional de Lesotho, 1 de agosto de 1995, caso núm. LC 33/95. Tomado de: CIF (2009): Utilización del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales. Recopilación de sentencias, OIT, Turín.

El CT de Nicaragua regula la concesión por parte del empleador de permiso o licencia por motivos médicos ya sea personales o de *“hijos menores o discapacitados de cualquier edad, cuando no sea posible hacerlo en horas no laborables”* (Art. 74 CT), lo cual es congruente con el Artículo 74 de la Constitución de ese país —ya citado— que establece la protección estatal al proceso de reproducción humana. En esa norma de la ley laboral se ampara la Inspectoría Departamental de León para no autorizar la cancelación del contrato individual de trabajo por ausencias injustificadas de una trabajadora que no pudo asistir al trabajo debido a que llevó a emergencias a su hijo pequeño y se comprobó que había presentado la debida documentación médica que justificaba su ausencia¹⁶⁴.

¹⁶⁴. Inspectoría Departamental de León, Nicaragua, Exp. 006-2008 de 25 de febrero de 2008. En sentido similar: Inspectoría General del Trabajo de Managua, Nicaragua, Exp. 047-07 de 6 de febrero de 2007.

En Honduras los jueces consideran como una medida desproporcional el despido de trabajadoras por ausencias que no alcanzan a justificar y que se deben a asuntos relacionados con el cuidado de sus hijos o hijas. Así, dos sentencias, una de ellas que se refiere al despido del *“trabajador”* (en masculino), tienen relación con el despido de trabajadoras.

La primera sentencia señala: *“Que dentro de las ausencias laborales, las circunstancias personales y de ocasión, originan apreciaciones distintas debiendo tomarse en cuenta si el trabajador ha reiterado esta clase de falta para determinar si configura propensión al ausentismo, y en consecuencia para determinar la gravedad del acto cometido; y en el presente caso no aparece de los antecedentes que la conducta de la trabajadora en ese sentido haya sido reiterada provocando una alteración en el mantenimiento de la disciplina al interior de la empresa”*¹⁶⁵. Y la segunda: *“...al no ser probada la reincidencia o concurrencia de faltas este tribunal es del criterio que la falta en tales circunstancias no es grave, por lo que considera injusto el despido del que fue objeto el trabajador demandante (sic)”*¹⁶⁶.

Si bien es importante el criterio de proporcionalidad y de analizar la *“propensión al ausentismo”* antes de que el empleador utilice su máxima medida disciplinaria, el despido, las sentencias citadas no se refieren en modo alguno al motivo que generó las ausencias de las trabajadoras, lo cual es un reflejo de la visión de la responsabilidad del cuidado como algo *“privado”* y *“personal”* de la trabajadora.

En otra sentencia, similar a las anteriores, el Juzgado de Letras de San Pedro Sula, Honduras, realiza el mismo razonamiento pero en referencia a una trabajadora que adujo haber sido despedida de forma injustificada ya que en una ocasión se ausentó para atender a su madre enferma, aunque justificó esta ausencia el mismo día, mas se le despidió bajo el argumento de falta grave de abandono de trabajo¹⁶⁷.

¹⁶⁵. Corte de Apelaciones del Trabajo, San Pedro Sula, Cortés, Honduras, Sentencia Exp. 19374 del 3 de Agosto de 2006.

¹⁶⁶. Juzgado de Letras Segundo Seccional del Trabajo, San Pedro Sula, Cortés, Honduras, Sentencia Exp. 7641 del 31 de Enero de 2006.

¹⁶⁷. Juzgado de Letras, Segundo Seccional del Trabajo, San Pedro Sula, Honduras, Exp. 7641, 31 de enero de 2006.

En Panamá una trabajadora recién reincorporada de su licencia por maternidad, se ausentó de su trabajo sin permiso del empleador; en su declaración admitió las ausencias injustificadas y argumentó que se debían a problemas de violencia de parte del padre de su hijo, ante lo cual tuvo que denunciar a la policía y temía por la seguridad del hijo. No obstante en la sentencia, el juez se refiere a la situación de la siguiente manera:

“Para concluir, y solo como conclusión obligada y reflexiva, este Juzgador reconoce que a pesar que nuestro sistema o régimen legal relativo al despido justificado no contempla en el caso de las ausencias injustificadas el elemento de la gravedad cualitativa como índice evaluador, lo cierto es que al quedar probado en el expediente que las ausencias de xxx no aparecen justificadas, como declaración aleccionadora puede inferirse que dicha falta encierra la expresión de un comportamiento anómalo que reviste síntomas de serio, grave e importante en la producción y desarrollo de las actividades de la empresa representando para esta un incuestionable trastorno en sus operaciones”¹⁶⁸.

El juez no se refirió a las razones de las ausencias que adujo la trabajadora, pues ésta no las pudo probar en forma idónea y, al tener ella la carga de la prueba, la causa fue fallada a favor del empleador con una reprimenda a la trabajadora. Además, en ese país, como ya se mencionó se encontraron casos de despido a trabajadoras embarazadas porque no pudieron justificar adecuadamente sus ausencias, y según ellas, se debieron a que tenían que cuidar a sus hijos enfermos o acompañarlos al médico.

En otros países se encuentran sentencias que reconocen que las responsabilidades familiares no pueden ir en detrimento de los derechos de las personas trabajadoras, en particular de las mujeres. Así, por ejemplo, una sentencia española establece que la “igualdad efectiva” de las mujeres implica que el tiempo que tomen en calidad de permiso laboral especial (o excedencia) se toma en cuenta para contabilizar la antigüedad (Recuadro N° 29).



Recuadro N° 29. España: La “igualdad efectiva” consiste en tomar en cuenta como antigüedad el tiempo de permiso para el cuidado de hijos (excedencia).

Una trabajadora inició relación laboral, con una empresa de telecomunicaciones, con la categoría profesional de teleoperador; al igual que varios compañeros. Los compañeros en el transcurso del año adquirieron la categoría de teleoperador especialista el día 4 de febrero de 2007, lo que no ocurrió con la trabajadora hasta el 4 de febrero de 2008 por haberse hallado en baja de maternidad y en situación de excedencia (es decir con un permiso especial que suspende temporalmente el contrato de trabajo), para atender al cuidado de hijos desde el 19 de abril de 2007 hasta el 3 de septiembre de 2007. La trabajadora intenta infructuosamente la vía de la conciliación con el objeto de reclamar el derecho de promoción a la inmediata categoría superior como lo fueron sus compañeros que con ella iniciaron su actividad en la empresa en la misma fecha que lo hicieron ellos (el 4 de septiembre de 2007), por estimar que debieron computársele como tiempo de trabajo efectivo los períodos de baja por maternidad y excedencia para el cuidado de hijos. El Juzgado de lo Social de Cáceres resuelve a favor de la trabajadora, considerando, entre otros aspectos lo siguiente:

“Más que de discriminación de la mujer respecto del hombre – aunque ésta solo podría ir referida a las seis primeras semanas inmediatamente posteriores al parto, pues también el hombre puede hacer uso del permiso por maternidad por el resto de semanas, compartiéndolo con la mujer o exclusivamente, como legalmente está reconocido, y de igual manera acontece con el período de excedencia- ha de traerse a colación el concepto de igualdad efectiva, que es lo que se preconiza en la Ley de Igualdad. Baste añadir a lo dicho que el período en que la trabajadora permanezca en situación de excedencia ha de ser computable a efecto de antigüedad... Si ha de computarse como antigüedad el tiempo de excedencia en general, con mayor motivo ha de hacerse cuando la necesidad de protección de un menor exige que el trabajador pueda hacer uso de este derecho y en consecuencia ese tiempo considerado como de servicios efectivos ha de trascender igualmente a la mejora en las condiciones laborales que quienes sin tener esa exigencia presten sus servicios de forma efectiva, pues, como hemos dicho también la excedencia acarrea la situación de suspensión del contrato de trabajo”.

Juzgado de lo Social No. 2, Demanda 348/2008, Cáceres, España, 26 de noviembre de 2008.

168. Juzgado Segundo de Trabajo de la Primera Sección de Panamá, Sentencia N° 60 de 16 de septiembre de 2009.

Asimismo, también vale la pena citar otra sentencia española en que se condena a una empresa que abiertamente reconoce que no promociona o asciende a sus trabajadoras en virtud de las cargas familiares que deben asumir (Recuadro N° 30).

Recuadro N° 30. España: Sistema de promoción discrimina por género pues excluye a las mujeres en razón de las cargas familiares que deben asumir.

Una conocida tienda española de departamentos con sucursales en varias ciudades del país, y cuyos empleados son en su mayoría mujeres, es demandada porque su sistema de promoción discrimina por razón de género. El Juzgado No. 13 de lo Social de Barcelona condena a la empresa por discriminación indirecta por razón de género en el sistema de promoción profesional interna en cuatro centros de trabajo de Barcelona. Entre otros, los siguientes son los razonamientos:

"A pesar, de que cada vez son más frecuentes las manifestaciones corporativas en relación con su compromiso con la llamada responsabilidad social de las empresas, que incluye la lucha contra la desigualdad de género y hasta el interés por la paridad; la empresa demandada, por el contrario, basa su justificación para que su práctica de la promoción conduzca a una gran desigualdad de género, precisamente, en las cargas familiares y laborales de la casa que soporta la mujer; lo que encierra- objetivamente- en sí misma, ya una discriminación indirecta, limitando el ejercicio de un derecho de las trabajadoras consagrado en el artículo 35.1 de la Constitución por sus responsabilidades familiares e infringiendo el artículo 14 de la Constitución, no solo por discriminación de género, sino por la condición social de la mujer."

Juzgado No. 13 de lo Social, Barcelona, 7 de Septiembre de 2007.

En Costa Rica la Sala Constitucional emitió una sentencia paradigmática que se relaciona con este tema. Se trata de una trabajadora del Poder Judicial que recurre a la Sala Constitucional al considerar que se estaba violentando el derecho a la salud de su hija y una vulneración al principio del interés superior del niño, entre otros aspectos, pues luego de su licencia por maternidad se le denegó la posibilidad de contar con una incapacidad por parte de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), ni licencia con goce de salario por parte de su empleador para poder cumplir con el tratamiento diagnosticado por especialistas a su hija recién nacida, que consistía en asistir a una serie de

sesiones de rehabilitación en que la presencia de la madre era indispensable y que era vital en el primer año de vida de su hija, que nació con una discapacidad visual significativa.

La Sala Constitucional resuelve a favor de la trabajadora¹⁶⁹, señalando entre otros aspectos: "...*Observa esta Sala que efectivamente las autoridades de la CCSS actúan con fundamento en la normativa interna establecida que no contempla la posibilidad de incapacitar a una persona sana, por lo tanto al no observarse actuaciones arbitrarias de parte de esta entidad no hay mérito para declarar con lugar el recurso en contra de la Caja Costarricense de Seguro Social...*". Sin embargo "...*aunque no exista incapacidad, la Corte Suprema de Justicia, en tanto patrono, tiene la potestad de otorgar una licencia con goce de salario en otro tipo de supuestos, que por su especialidad y excepcionalidad lo ameriten y sean autorizados. En este caso, comprueba esta Sala que la recurrente se encuentra justamente en una situación especial y excepcional que amerita y justifica plenamente un otorgamiento de una licencia con goce de salario*".

La Sala señala la concurrencia de tres hechos:

- primero, está de por medio la salud de una persona menor de edad;
- segundo, existe criterio médico cierto y reiterado en el sentido de que la presencia de la madre es indispensable y esencial para el tratamiento requerido; y,
- tercero, la solicitud de permiso con goce de salario fue solicitada por un período razonable, a saber, seis meses.

En consecuencia, resuelve la Sala que "... *la negativa de su patrono público a otorgarle a la recurrente –su madre– una licencia con goce de salario con el fin de darle tratamiento a su hija (es) absolutamente violatorio de los derechos fundamentales de la menor y de las obligaciones estatales al respecto*".

Esta sentencia del 2005 fue el antecedente para que, en adelante, tanto el Poder Judicial como otras entidades públicas concedieran permisos con goce de salario para situaciones similares. Sin embargo, a la Sala le faltó analizar la situación desde la perspectiva de la responsabilidad social del cuidado de los hijos e hijas que también debe asumir la parte empleadora, y que en modo alguno es solo un asunto de la trabajadora.

¹⁶⁹. Sala Constitucional de Costa Rica, Resolución N° 2005-11262 de las 15:00 hrs. del 24 de agosto de 2005. En el mismo sentido: Sala Constitucional de Costa Rica, Resolución N° 2006-12246 de las 15:24 hrs. del 22 de agosto de 2006.



El acoso laboral

OCTAVA PARTE

El acoso laboral, también denominado “*mobbing*”, ha sido poco desarrollado por la jurisprudencia laboral. Sin embargo, se sabe que es un fenómeno en crecimiento, al punto que ha sido llamado “la epidemia del siglo XXI” y es la causante de un sinnúmero de problemas, tanto físicos como psicológicos, que afectan a la persona trabajadora que sufre de acoso u hostigamiento en su lugar de trabajo. Como afirma la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica, “es un problema que afecta el corazón mismo de la relación laboral, causando problemas de efectividad, ejecución del trabajo, pero, sobre todo... daño psicológico ... en la víctima...”¹⁷⁰.

La jurisprudencia costarricense ha realizado algunas elaboraciones conceptuales sobre el acoso laboral, a partir de la doctrina. En ese sentido, siguiendo a Leymann, ha definido el acoso laboral como una “situación en la que una persona o grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente (como media una vez por semana) y durante un tiempo prolongado (como media durante unos 6 meses) sobre otra persona o personas, respecto de las que mantiene una relación asimétrica de poder, en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo”. El hostigamiento puede ser vertical, horizontal o mixto. Es vertical cuando la conducta hostigadora proviene del jerarca (esta modalidad se conoce como “*bossing*”). Es horizontal cuando el acoso es provocado por los propios compañeros y el mixto se da por una combinación entre el acoso propiciado por la jefatura –por acción u omisión– y los compañeros. De conformidad con la doctrina, esta última modalidad es la habitual¹⁷¹.

Según la sentencia de cita, las características del acoso laboral son las siguientes¹⁷²:

- La intencionalidad: tiene como fin minar la autoestima y la dignidad de la persona acosada.
- La repetición de la agresión, se trata de un comportamiento constante y no aislado.
- La longevidad de la agresión, el acoso se suscita durante un período prolongado.
- La asimetría de poder, pues la agresión proviene de otro u otros quienes tienen la capacidad de causar daño.
- El fin último, la agresión tiene como finalidad que el o la trabajadora acosada abandonen su trabajo.

En el Recuadro N° 31 aparecen los 10 comportamientos más frecuentes que evidencian hostigamiento o acoso laboral.

Recuadro N° 31. Diez comportamientos más frecuentes que evidencian la existencia del hostigamiento o acoso laboral.

1. Asignar trabajos sin valor o utilidad alguna.
2. Rebajar a la persona asignándole trabajos por debajo de su capacidad profesional o sus competencias habituales.
3. Ejercer contra la persona una presión indebida o arbitraria para realizar su trabajo.
4. Evaluar su trabajo de manera inequitativa o de forma sesgada.
5. Desvalorar sistemáticamente su esfuerzo o éxito profesional o atribuirlo a otros factores o a terceros.
6. Amplificar y dramatizar de manera injustificada errores pequeños o intrascendentes.
7. Menospreciar o menoscarbar personal o profesionalmente a la persona.
8. Asignar plazos de ejecución o cargas de trabajo irrazonables.
9. Restringir las posibilidades de comunicarse, hablar o reunirse con el superior.
10. Ningunear, ignorar, excluir o hacer el vacío, fingir no verle o hacerle ‘invisible’.

Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2005-0655 de las 14:05 hrs. del 3 de agosto de 2005

170. Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica: *Gestión y políticas públicas: hacia un Estado Solidario. Informe Anual de Labores 2009-2010*, San José, 2010, p. 129.

171. Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2005-0655 de las 14:05 hrs. del 3 de agosto de 2005.

172. Ibidem.

En otra sentencia, también de la Sala Segunda de Costa Rica¹⁷³ se diferencia el acoso laboral del estrés profesional, las situaciones conflictivas laborales y de la agresión aislada:

- a) del estrés profesional: el estrés no es otra cosa que las consecuencias sufridas por el trabajador producto de la sobrecarga y las malas condiciones en el trabajo. Cuando una persona es sometida a un ritmo agotador sólo está cansada, pero cuando se le empieza a humillar públicamente, cae enferma;
- b) de las situaciones conflictivas laborales: en los casos de conflicto, generalmente se exteriorizan por medio de los reproches. En el caso del acoso, por el contrario se oculta *“lo no verbalizado. No se establece una relación simétrica (sic) como en el conflicto sino una relación dominante-dominado, en la que el que controla el juego intenta someter al otro y hacerle perder su identidad. Cuando eso ocurre dentro de una relación de subordinación, hay un abuso de poder jerárquico, y la autoridad legítima se convierte en dominio sobre una persona”*¹⁷⁴;
- c) de la agresión aislada: una agresión verbal aislada es un acto de violencia pero no de acoso laboral a menos que vaya precedido de múltiples pequeñas agresiones. Los reproches reiterados sí lo son, máxime si hay otras conductas descalificadoras contra la persona.

Se puede ejemplificar una situación de acoso laboral en la siguiente descripción de hechos de una sentencia costarricense¹⁷⁵:

- Primero, se rompió la cordialidad en las comunicaciones dirigidas a ella y se optó por omitir referirse a sus observaciones y girarle órdenes precisas con amenazas solapadas;
- luego, se le excluyó de la unidad de recursos humanos, se le ordenó entregar su oficina, se le limitaron sus funciones y se le asignaron otras menos importantes;
- más tarde le variaron las que venía desempeñando;
- ...para continuar con el plan deliberado de aislamiento, se le ordenó sacarla del edificio municipal y trasladarla

a un espacio físico en el Cementerio, en donde nunca antes había existido oficina de trámite, que no solo no fue acondicionado como correspondía, sino que carecía de las condiciones de higiene necesarias;

- el irrespeto era tal que de su inminente traslado se enteró por los comentarios y burlas de sus compañeros y compañeras, quienes llegaron, incluso, a llamarla *“panteonera”* en tono despectivo. Las condiciones del lugar en donde fue ubicada atentaban contra su dignidad y trayectoria dentro de la institución...;
- como si eso fuese poco, se le ordenó presentarse a registrar su asistencia a las oficinas administrativas de la Municipalidad dos veces al día: en la mañana y en la tarde...¹⁷⁶.

La jurisprudencia costarricense ha establecido que cuando se dan este tipo de situaciones y se configura el acoso laboral, la persona trabajadora *“puede dar por terminado su contrato de trabajo con responsabilidad patronal, sin que el retiro se considere como abandono del cargo, pues en el fondo es un despido indirecto”*¹⁷⁷.

No obstante, en Costa Rica la legislación no regula el acoso laboral de manera específica, ante lo cual se debe recurrir a las disposiciones generales del CT que se refieren al deber del empleador de respetar al trabajador; así como a las causas justas que facultan al trabajador para dar por terminado su contrato de trabajo, además del principio general, consagrado en el artículo 1045 del Código Civil, en virtud del cual todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia causa a otro un daño, está obligado a repararlo, junto con los perjuicios.

En otros países existe la figura del despido indirecto. Tal es el caso de Guatemala (Art. 80 CT) y Honduras (Art. 115 CT) que asimilan esta figura a las causas justas que facultan al trabajador para dar por terminado su contrato de trabajo, sin responsabilidad de su parte.

En El Salvador el Artículo 56 del CT, se refiere al despido indirecto o encubierto y establece que *“Al acaecer cualquiera de los hechos contemplados en las causales*

173. Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2003-0792 de las 14:35 hrs. del 18 de diciembre de 2003.

174. Márquez Garmendia, citado por Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2003-0792.

175. Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2008-00093.

176. Ibidem.

177. Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2003-0792. En similar sentido los votos N°s 217 de las 14:30 horas del 3 de noviembre de 1998 y 752 de las 10:00 horas del 14 de diciembre de 2001.



1ª, 3ª y 4ª del Art. 53, o cualquier otro hecho depresivo o vejatorio para el trabajador, realizado por el patrono o sus representantes, aquél podrá estimarse despedido y retirarse, por consiguiente, de su trabajo. En todos estos casos, si el Juez estimare vejatorio o depresivo el hecho alegado y probado, condenará al patrono a pagar al trabajador una indemnización en la cuantía y forma que establecen los Arts. 58 y 59, según el caso" (el subrayado no es del original). Con esta disposición se estarían regulando las situaciones de acoso u hostigamiento laboral.

A diferencia del acoso sexual, que afecta principalmente a las mujeres, el acoso laboral lo viven tanto mujeres como hombres. Ejemplo de ello es que de los pocos casos sobre la materia, conocidos por la Sala Segunda de Costa Rica, muchos de ellos han sido planteados por hombres. Sin embargo, el acoso laboral afecta de manera diferenciada a hombres y mujeres.

Las mujeres viven situaciones de acoso u hostigamiento laboral, asociadas a la maternidad y también cuando se resisten o se defienden de situaciones de acoso sexual.

El acoso laboral puede darse como una forma de presionar a la trabajadora embarazada o que se reincorpora a su trabajo después de su licencia de maternidad, para que renuncie. Ejemplos de este tipo de situaciones se pueden observar en algunos casos de Honduras en los que la trabajadora argumenta rebajo de categoría en su puesto de trabajo al reintegrarse de la licencia por maternidad, por lo que presume despido indirecto y reclama el pago de sus prestaciones¹⁷⁸: "en el presente caso existen motivos que justifican y amparan la conducta de la trabajadora ya que ésta estaba siendo hostigada y obligada a realizar producción cuya capacidad no tenía debido a su estado de embarazo, que debido a las acciones hechas en su contra por los jefes superiores trajo como consecuencia la reacción de la demandante de defenderse del hostigamiento de que estaba siendo objeto;..."¹⁷⁹.

También en Honduras, se encuentran ejemplos de situaciones de acoso que utilizan los empleadores para provocar la renuncia de la trabajadora embarazada. Así,

178. Juzgado Segundo de Letras Seccional del Trabajo, San Pedro Sula, 5 de julio de 2007.

179. Juzgado Segundo de Letras Seccional del Trabajo, San Pedro Sula, Exp. 19165, 25 de enero de 2006.

una trabajadora después de su licencia de maternidad, fue rebajada de categoría en el puesto de trabajo: "Que del análisis de la prueba en su conjunto, es evidente que la trabajadora demandante sufrió una baja de categoría en el cargo que desempeñaba al ser contratada otra persona en cargo de contabilidad que ocupaba y ser enviada a desempeñar funciones de recepcionista"¹⁸⁰.

De manera similar, en Nicaragua a una trabajadora en estado de gestación se le traslada a otro trabajo, supuestamente en forma temporal, luego se le obliga a tomar vacaciones, posteriormente se la suspende "por falta de contenido de trabajo", finalmente se le propone la cancelación de su contrato¹⁸¹ (véase el Recuadro N° 32).

Recuadro N° 32. Nicaragua: El despido indirecto como acto de represalias laborales para evadir el fuero de protección a la trabajadora embarazada

"...siendo que la recurrente no ha hecho sino uso de sus derechos laborales, esta Sala considera que los actos del xxx posteriores a la notificación del estado de gestación, no son más que actos de represalias laborales con falsa vestimenta jurídica en contra de la recurrente, tal y como es que se le nombra interinamente en un cargo mientras regresa de su estado postnatal la señora xxx, luego se le manda de vacaciones forzadas, se le suspende laboralmente, y al serle denegada la solicitud de cancelación laboral el empleador le propone a la recurrente la liquidación esto es una serie de medidas que aislada o en conjunto constituyen un despido indirecto en el entendido que las cosas no necesariamente lo son por el nombre que se les de, sino por su esencia y aquí se le está despidiendo directa e indirectamente a la recurrente en violación del Principio de Seguridad Jurídica (artículo 25 numeral 2 Cn.), y el Principio de Legalidad (artículos 32, 130, 160 y 183 Cn)...".

Sala de lo Constitucional, Nicaragua, Sentencia No. 105 de 11 de junio de 2007.

180. Juzgado Segundo de Letras, Seccional del Trabajo, San Pedro Sula, Honduras, 5 de julio de 2007.

181. Sala de lo Constitucional, Nicaragua, Sentencia No. 105 de 11 de junio de 2007.

De los ejemplos anteriores se deduce claramente que las mujeres están sometidas a situaciones de acoso laboral asociadas a la maternidad, lo cual está configurado como discriminación por razones de maternidad. Ante ello cabe preguntarse sobre otras especificidades –no asociadas a la maternidad- del acoso laboral en relación con las mujeres.

Al respecto, la OIT señala que *“cada día parece más claro que el acoso y la presión en el lugar de trabajo no son un simple problema personal, sino que están arraigados en un contexto social, económico, institucional y cultural más amplio que entraña desigualdades omnipresentes en las relaciones de género”*¹⁸².

El acoso laboral puede estar vinculado con la violencia basada en el género, la cual según investigaciones de la OIT, se sabe afecta a mujeres en el servicio doméstico en algunos países. En el 2003 la OIT elaboró el Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia en el lugar de trabajo en el sector de los servicios y medidas para combatirla, en el cual se destaca la necesidad de establecer y seguir un enfoque previsor basado en los sistemas de gestión de la seguridad y la salud en el trabajo.

Desde el punto de vista legislativo, la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres de España incorpora el concepto de acoso por razón de sexo, que incluye tanto el acoso laboral como el acoso sexual.

El acoso por razón de sexo es definido por esa Ley de la siguiente forma: *“Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”* (Art. 7.2).

Así, mientras el acoso sexual se circunscribe al ámbito de lo sexual, el acoso por razón de sexo supone un tipo de situaciones laborales discriminatorias mucho más amplias, sin tener por qué existir intencionalidad sexual por parte de la persona agresora. Ambos son reflejo de las relaciones de poder entre mujeres y hombres, por lo que sus causas están relacionadas con los roles atribuidos a los hombres y a las mujeres en la sociedad¹⁸³.

182. OIT: *ABC de los derechos de las trabajadoras y la igualdad de género*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2008, p. 24.

183. Ministerio de Igualdad: *Acoso sexual y acoso por razón de sexo en el ámbito laboral*, Materiales Divulgativos, Ministerio de Igualdad, Gobierno de España, Madrid, 2010.

En América Central y República Dominicana es necesario profundizar en el tema del acoso laboral, lo cual implica la formulación de propuestas de ley que lo contemplen, la investigación y, como afirma la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica, establecer una referencia a las especificidades, particularmente de las mujeres¹⁸⁴.

Un importante avance en ese sentido es la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres de El Salvador recientemente promulgada –que ya ha sido mencionada. Esta ley define el acoso laboral y la violencia laboral. Es importante volver a citar estos dos conceptos:

Artículo 8.-

b) Acoso Laboral: Es la acción de hostilidad física o psicológica, que de forma sistemática y recurrente, se ejerce sobre una mujer por el hecho de ser mujer en el lugar de trabajo, con la finalidad de aislar, intimidar o destruir las redes de comunicación de la persona que enfrenta estos hechos, dañar su reputación, desacreditar el trabajo realizado o perturbar u obstaculizar el ejercicio de sus labores.

Artículo 12.-

c) Violencia Laboral: Son acciones u omisiones contra las mujeres, ejercidas en forma repetida y que se mantiene en el tiempo en los centros de trabajo públicos o privados, que constituyan agresiones físicas o psicológicas atentatorias a su integridad, dignidad personal y profesional, que obstaculicen su acceso al empleo, ascenso o estabilidad en el mismo, o que quebranten el derecho a igual salario por igual trabajo.

En virtud de esta ley, le corresponde al Ministerio de Trabajo y Previsión Social realizar en los centros de trabajo acciones de sensibilización y prevención de cualquier tipo de violencia contra las trabajadoras, que afecten sus condiciones de acceso, promoción o formación (Art. 34 inc. a).

A continuación, se analizará el aspecto específico del acoso sexual, que –como ya se ha dicho- es una forma específica de acoso laboral.

184. Defensoría de los Habitantes de Costa Rica, op.cit.



El acoso sexual

NOVENA PARTE

Como ya se ha mencionado, la regulación del hostigamiento o acoso sexual en la subregión es insuficiente. En el ámbito laboral, únicamente Costa Rica cuenta con una ley que define y regula el tema en forma precisa. El Salvador lo sanciona en su Código Penal como un delito, y acaba de promulgar una ley (Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres) que crea las figuras del acoso laboral y de la violencia laboral. En los otros países, las regulaciones son escasas y están contenidas en los CT o en la legislación especial referida a la igualdad (es el caso de Honduras y Nicaragua).

Sin embargo, a pesar de ser deseable que todos los países cuenten con normativa y procedimientos especiales para sancionar el hostigamiento o acoso sexual, la jurisprudencia de otras latitudes ha demostrado que estas conductas pueden castigarse invocando el Convenio núm. 111 y otras normas de derecho internacional, como la CEDAW y la Convención de Belém do Pará, entre otras.

En ese sentido, la OIT ha recopilado sentencias de diferentes partes del mundo¹⁸⁵, en que tribunales nacionales aplican de manera directa el Convenio núm. 111 de la OIT, la Recomendación General núm. 19, de 1992, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Resolución de la OIT sobre igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores y las trabajadoras en el empleo, adoptada el 27 de junio de 1985, los comentarios formulados por la CEACR y la CEDAW, entre otros instrumentos, para sancionar el hostigamiento y el acoso sexual.

En la subregión la jurisprudencia sobre este tema, encontrada en Honduras, El Salvador, Nicaragua y Panamá, es muy escasa y aislada, y no se encontró ninguna sentencia en República Dominicana y Guatemala.

En El Salvador en la vía administrativa se han conocido algunos casos y se ha realizado un esfuerzo por alcanzar precisiones conceptuales, basándose en instrumentos de derecho internacional. Así se ha dicho que: “A) *Acoso sexual es cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico, de naturaleza sexual, que afecta la dignidad de las mujeres y hombres, porque no es deseado, fuera de lugar y ofensivo; ocasiona el rechazo o la sumisión hacia la persona agresora y afecta el trabajo de quien recibe la agresión, creando un entorno laboral intimidatorio, hostil y humillante. B) Que según el artículo ciento sesenta y cinco del Código Penal, acoso sexual consiste en la realización de una conducta sexual indeseada por quien la recibe, que implique frases, tocamientos, señas u otra conducta inequívoca de naturaleza o contenido sexual*”¹⁸⁶. En otras actas de inspección se cita la definición de la OIT¹⁸⁷ y de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)¹⁸⁸.

En estos casos salvadoreños el resultado de la inspección por hostigamiento o acoso sexual dependerá de las pruebas aportadas por quien denuncie y las que pueda recabar el Inspector o la Inspectora de Trabajo (documental, testimonial, confesional). El procedimiento suele incluir entrevistas con trabajadores del lugar de trabajo a solas y por separado. En la mayoría de los casos no se logra comprobar la denuncia de la supuesta víctima de acoso sexual o no es posible reunir suficientes elementos de juicio, inclusive en situaciones

185. CIF: Utilización del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales. Recopilación de sentencias, OIT, Turín, 2009.

186. Unidad Especial de Género y Prevención de Actos Laborales Discriminatorios, Dirección General de Inspección de Trabajo, San Salvador; El Salvador; Acta de Inspección Especial, Exp. 156-UD-04-08 del 19 de Mayo de 2008. En el mismo sentido: Acta de Inspección Especial Exp. 473-UD-08-09 del 2 de septiembre de 2009.

187. Unidad Especial de Género y Prevención de Actos Laborales Discriminatorios, Dirección General de Inspección de Trabajo, San Salvador; El Salvador; Acta de Inspección Especial, Exp. 420-UD-07-08 del 5 de Septiembre de 2008.

188. Unidad Especial de Género y Prevención de Actos Laborales Discriminatorios, Dirección General de Inspección de Trabajo, San Salvador; El Salvador; Acta de Inspección Especial, Exp. 367-UD-05-09 del 3 de Julio de 2009.

en que la víctima realiza una narración muy detallada y pormenorizada de los abusos sufridos, lo cual, sin embargo, no se puede corroborar por ningún otro medio, pues los otros empleados y empleadas, por lo general, afirman que no han visto ni se han dado cuenta de nada. También es

usual que la trabajadora que interpone la denuncia renuncie al trabajo. Ante esta situación, el caso es archivado con una advertencia de la Inspección en el sentido del buen trato que en el centro de trabajo se debe dispensar a los trabajadores y trabajadoras.

Recuadro N° 33. El Salvador: Algunos casos de hostigamiento o acoso sexual en sede administrativa.

En un caso específico, los inspectores de trabajo obtuvieron “*elementos de juicio que determinan fehacientemente que el licenciado xxx ha acosado sexualmente a la trabajadora xxx*” solicitándole de manera constante favores sexuales y asegurándole que tendría mayor salario si se los concedía, “*a tal extremo que la mencionada trabajadora, no soporta ese constante acoso sexual de que está siendo objeto, por lo que interpondrá su renuncia al trabajo*”. En el acta de inspección se establece que la trabajadora efectivamente renunció. La Inspección, con base a los art. 1, 2, 3 y lit. b) de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), en relación al art. 29 N° 5 del CT., establece que “*la persona señalada ha realizado un comportamiento en función del sexo, de carácter desagradable y ofensivo para la trabajadora, además se advierte que hubo otra trabajadora quien ha sido objeto de acoso sexual*”. Se impone una infracción al empleador encontrado responsable.

Unidad Especial de Género y Prevención de Actos Laborales Discriminatorios, Dirección General de Inspección de Trabajo, San Salvador, El Salvador, Acta de Inspección Especial, Exp. 420-UD-07-08 del 5 de Setiembre de 2008. Un caso similar: Acta de Inspección Especial, Exp. N° 58-UD-02-10 de 12 de febrero de 201.

En otro caso, una trabajadora denunció que su supervisor la acosaba sexualmente con piropos e insinuaciones, como no accedió a sus pretensiones fue despedida sin reconocer sus prestaciones por indemnización y salarios correspondientes a la segunda quincena del mes de octubre. En entrevista realizada a otros trabajadores, unos confirmaron que el despido se debía a no haber accedido a las pretensiones amorosas del supervisor; otros señalaron que se debía a que la trabajadora abandonó su puesto de trabajo y otros dijeron que la trabajadora “*no se daba a respetar, era demasiado coqueta, sonreía con los hombres, les decía mi amor y tocaba a los compañeros de trabajo*”. Después de recabar la información pertinente, la Inspección constató que existían indicios de que las trabajadoras eran víctimas de acoso sexual, por parte de supervisores y guardias de seguridad, sin embargo en el caso específico de la trabajadora denunciante, se carecía de elementos suficientes para determinar el verdadero motivo del despido, por lo cual únicamente se realiza la advertencia que ya fue mencionada.

Unidad Especial de Género y Prevención de Actos Laborales Discriminatorios, Dirección General de Inspección de Trabajo, San Salvador, Acta de Inspección Especial N° 645-UD-11-08-Especial del 28 de noviembre de 2008.

Cuando la inspección considera que existe certeza de los hechos denunciados, debe aplicar el procedimiento establecido en la Ley de Organización y Funciones del Sector Trabajo y Previsión, que consiste –a grandes rasgos– en levantar el acta, recomendar las medidas destinadas a subsanar las infracciones, establecer un tiempo para su cumplimiento y si, después de realizar una reinspección, se constata que no se han cumplido, se hace acreedor a una multa por la infracción. Este mismo hecho puede dar lugar a un proceso judicial en el que se solicite la terminación del contrato de trabajo con responsabilidad para el patrono, por haber incurrido en las prohibiciones del Artículo 53 del

CT. En este caso el acta de inspección en la que se resuelve imponer una multa por infracción puede ser solo un medio de prueba, no el establecimiento de la causal en sede judicial. Asimismo, el caso puede dar a un proceso penal pero de igual manera, es solo medio de prueba.

En Nicaragua en un proceso disciplinario seguido contra un juez, al ser acusado, entre otras irregularidades, de acoso sexual en contra de la secretaria del juzgado, la Comisión de Régimen Disciplinario de la Corte Suprema de Justicia se limita a declarar sin lugar la acción por considerar que la parte actora no aportó las pruebas respectivas y no hace



mención alguna a la denuncia por acoso sexual¹⁸⁹. Asimismo, en este mismo país, se establece que los alegatos de acoso sexual deben ser dirimidos en la vía ordinaria y no mediante el recurso de amparo¹⁹⁰.

En Panamá, se localizó un solo caso, conocido por un Juzgado de Trabajo y posteriormente, en apelación, por el Tribunal Superior de Trabajo. La denuncia la formula una trabajadora señalando que había sido víctima de acoso sexual por parte de otro trabajador, quien le había exhibido sus genitales, inquiriéndole que los mirara. El juzgado, al analizar el fondo del asunto, concluye que no se ha configurado el acoso sexual en el caso concreto, *“porque no estuvieron presentes los elementos propios de esta conducta, para considerarla como tal, es decir, la constancia y la solicitud o requerimiento sexual; en este sentido pudiéramos deducir que el accionar del señor xxx fue un atrevimiento, una grosería o un irrespeto, lo que nos obliga a no darle acogida a lo solicitado por la empresa demandante, en cuanto al desafuero se refiere y la consecuente autorización de despido”*¹⁹¹. El Tribunal Superior de Trabajo, al tener conocimiento del caso, consideró probado el incidente, pero que el meollo del asunto estaba en determinar si se trataba de acoso sexual o actos inmorales, irrespeto, grosería, atrevimiento, etc. Para el Tribunal *“... el acoso sexual es todo tipo de conducta de contenido sexual dirigida contra una persona que no desea dicha conducta y que manifiesta su negativa o rechazo a la misma. (...) Se trata de una multiplicidad de conductas, sean verbales, gestuales, escritas, otros medios – utilización de tecnologías, objetos, etc., siempre realizando una acción de contenido sexual contra otra persona. Una forma evidente es el acoso quid pro quo, que es la encrucijada de la trabajadora obligada a elegir entre acceder a peticiones sexuales o perder algún beneficio que le corresponde de su trabajo”*¹⁹². Agregan los juzgadores que en el hostigamiento sexual la conducta es no deseada por el sujeto pasivo y la importancia de repeler o rechazar la conducta de forma clara, firme y definitiva, de otra forma se estaría frente a la

“permisividad que no engendra acoso u hostigamiento sexual, pues el sujeto activo puede –legítimamente desde el punto de vista social– insistir en su acción”. También se refirieron a la prueba del acoso sexual y a la importancia de que la víctima pueda aportar los elementos de prueba, que pueden ser los medios de prueba comunes, *“los indicios deben conectarse con las motivaciones, antecedentes y otros asuntos que ayuden al juzgador a entender el ambiente dentro del cual se practicó la conducta acusada de hostigamiento u acoso sexual”*.

Finalmente, el Tribunal concluye que la conducta del acusado está en la frontera del acoso sexual, *“pero en sentido estricto estamos ante una conducta inmoral porque no está claro si había por parte de xxx, un propósito de favores sexuales”*. Por lo tanto, autoriza el despido del trabajador por incurrir en la causal de despido (conducta inmoral)¹⁹³.

A. JURISPRUDENCIA SOBRE LA LEY CONTRA EL HOSTIGAMIENTO O ACOSO SEXUAL DE COSTA RICA

Como ya se dijo, en los quince años de vigencia de esta ley, se ha generado jurisprudencia importante que ha permitido ahondar sobre las diversas facetas del acoso sexual, a la vez que muchos casos que quedaban en la impunidad, fueron debidamente procesados y sancionados.

A pesar de estos logros, la Defensoría de los Habitantes señala en su informe 2008-2009 que de los casos cerrados durante el 2008, el 40% de las denuncias terminaron impunes, ya sea por deserción de la denunciante o por imposibilidad del órgano director del proceso, de visualizar el hostigamiento sexual, lo que obedece un gran porcentaje a la mala interpretación de la prueba indiciaria para la aplicación de las sanciones a los supuestos hostigadores. Dentro de este 40%, un 25% corresponden a casos en que la denunciante no desea continuar con el proceso, lo que evidencia la falta de acompañamiento en el mismo y la revictimización de la que son objeto las víctimas¹⁹⁴. Estos hallazgos son muestra de que el hostigamiento sexual es un fenómeno complejo y que no es suficiente contar con una ley que lo sancione, sino que

189. Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, Comisión Régimen Disciplinario, Sentencia N° 101, Managua, 14 de octubre de 2002.

190. Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, Sala Constitucional, Sentencia N° 120, 16 de marzo de 2009.

191. Juzgado de Trabajo de la Quinta Sección, Changuinola, Panamá, Sentencia N° 016 de 3 de junio de 2008.

192. Tribunal Superior de Trabajo del Segundo Distrito Judicial- Santiago, Panamá. Sentencia de 27 de agosto de 2008.

193. Tribunal Superior de Trabajo del Segundo Distrito Judicial- Santiago, Panamá. Sentencia de 27 de agosto de 2008.

194. Defensoría de los Habitantes: *Informe Anual de Labores 2008-2009 Cuarto Observatorio de Derechos Humanos en Costa Rica: La Seguridad humana: una apuesta por la dignidad...*, San José, 2009, pp. 171 a 172.

deben establecerse mecanismos de prevención, de apoyo y asesoría a la víctima y de constante capacitación a los operadores de justicia sobre los alcances de la ley y su procedimiento.

No obstante, también es importante resaltar que se cuenta con una serie de sentencias relevantes que se refieren a distintos aspectos relacionados con el hostigamiento sexual. A continuación, una selección de algunas de esas resoluciones.

i. El propósito de la Ley contra el Hostigamiento o Acoso Sexual

Al comentar el propósito de la Ley, los magistrados y magistradas de la Sala Segunda, explican que el aumento del acoso y hostigamiento sexual se debe a la mayor presencia femenina en los ámbitos de trabajo y por tanto al nacimiento de relaciones laborales comunes entre hombres y mujeres, con diversidad de posibilidades de sujeción de uno a otro, lo que de alguna manera promueve la existencia de promesas, amenazas o exigencias de determinadas conductas de unos a otros, que se manifiestan en comportamientos indeseables que la sociedad ha llegado a calificar como hostigamiento o acoso sexual. *“La legislación de este tipo nace, generalmente, como un resabio de la sociedad patriarcal, parcialmente superada, puesto que de alguna manera impera aún, y debido a la preocupación de disminuir o idealmente eliminar la sensación y situación real de vulnerabilidad que genera el elevado índice de acosos sexuales que, sin duda, condicionan marcadamente las vidas de las mujeres”*¹⁹⁵. La Ley contra el hostigamiento sexual es una reacción del Estado para atacar, razonablemente este grave problema social¹⁹⁶.

En otro fallo, esta vez de Casación Penal, los jueces se refieren a la Ley 7476 como un medio para romper la impunidad: *“Conforme a las reglas de la experiencia, cuando existen relaciones de poder y subordinación, el sujeto sometido a tal sujeción, debe vencer muchos obstáculos, entre ellos el círculo de control y dominación, para poder referirse a los actos abusivos o ilegítimos realizados por quien ostenta*

*el poder en una relación asimétrica. Casualmente la ley de hostigamiento sexual pretende debilitar tal asimetría, que es probablemente la fuente más importante de impunidad”*¹⁹⁷.

ii. Definición de acoso sexual

En diversas sentencias la Sala Segunda se ha referido a la definición y a los elementos que configuran el acoso sexual. Además, ha realizado un análisis sobre las causas de esta forma de discriminación (véase Recuadro N° 34).

Recuadro N° 34. Costa Rica: El acoso sexual es una demostración de poder, de violencia y de subordinación de la mujer.

“...el acoso sexual es una consecuencia de la manera cómo está organizada la sociedad y de la distribución del poder entre los sexos. En consecuencia, se considera el acoso sexual no como una expresión del deseo sexual, sino como una demostración de poder, una reafirmación del poder expresada de manera psíquica que tiene como último objeto recordar a la mujer que su lugar en la sociedad es el de ser un objeto sexual. Por lo tanto la conducta responde a la inferior posición que ocupan las mujeres en el mercado de trabajo y ayuda a mantenerlas en esas posiciones (...) Las estadísticas demuestran que normalmente no son las mujeres más atractivas las que sufren acoso sino las más vulnerables en razón de edad, el estado civil, la raza o la capacidad física...”. (Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2005-1052).

“Se entiende entonces el acoso sexual, como una forma de discriminación basada en el sexo y una manifestación más de violencia, que si bien se dirige de una persona a otra específicamente, es respaldada por toda una estructura social que la respalda y la reproduce, en actuación u omisión, tal como lo hizo la empresa demandada”. (Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2008-000038 de 9:45 hrs. del 23 de enero de 2008).

195. Sala Constitucional de Costa Rica, Resolución 2002-1764 de las 14:37 horas, del 20 de febrero del 2002.

196. Ibidem.

197. Tribunal de Casación Penal de Costa Rica, Resolución 2002-00358 de las 09:40 hrs. del 10 de mayo de 2002. En sentido similar y del mismo Tribunal, Resolución 2005-00699.



Analizando diversos casos concretos, la Sala ha ejemplificado actos de acoso sexual como “actos que no son propios de la relación empleador-empleado o profesor-alumna, por ejemplo, insinuaciones, buscar situaciones de intimidad que no han sido aceptadas por la persona como acercarse por detrás, darle un beso en la espalda o hacer comentarios discriminatorios e irrespetuosos hacia las mujeres”¹⁹⁸. De igual manera, situaciones que no constituyen acoso sexual: “...pudo haber una errónea interpretación por parte de las denunciantes de lo que es acoso sexual propiamente dicho, y entendieron que una invitación al cine es constitutiva de hostigamiento sexual. Tampoco se demostró que el actor utilizara vocabulario obsceno...

Debe acotarse que el acoso sexual se refiere a una conducta irrespetuosa, contraria a la moral, que a la vez constituya una lesión psicológica para la víctima, lo que no se demostró que ocurriera en el sublittem...”¹⁹⁹.

Si bien la existencia de una relación de poder es común en los casos de acoso sexual, pues es el jefe o el funcionario de mayor jerarquía quien aprovechándose de la posición de poder, acosa a la víctima, tanto la Ley 7476 como la jurisprudencia señalan que “...no se encuentra limitada únicamente a situaciones en las cuales se da una relación de poder...”²⁰⁰.

Recuadro N° 35. Costa Rica: Las consideraciones relativas a los antecedentes del comportamiento sexual de la víctima no son relevantes para configurar el acoso sexual.

“El recurrente resalta en el recurso, el dicho del testigo xxx en el sentido de que la denunciante era una persona “POPULAR” entre sus compañeros y que el actor era una persona “SERIA Y RESPETUOSA”. En modo alguno esa manifestación tiene la virtud de hacer dudar de la veracidad de la denuncia ... porque, como ya se refirió, es bien sabido que los hostigadores, por lo general, no realizan sus conductas reprochables en presencia de otras personas que pudieran censurarlo, mostrando a otros una conducta bien distinta a la que provoca el sufrimiento de sus víctima. Por último, existe suficiente prueba, ya aludida, de la cual se deduce que doña xxx era una persona que mantenía un trato normal y respetuoso con sus compañeros de trabajo. Mas, también debe resaltarse muy claramente, tal y como expresamente lo establece el numeral 24 de la Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia, al apreciar las conductas constitutivas de acoso sexual no pueden incluirse consideraciones relativas a los antecedentes del comportamiento sexual de la persona ofendida. Lo anterior encuentra explicación en la propia definición de acoso u hostigamiento sexual, como toda conducta sexual indeseada por quien la recibe y que provoque efectos perjudiciales, en este caso, en el ámbito laboral (artículo 3). Es decir, con independencia del comportamiento sexual de la víctima, si ella no desea mantener una relación más allá de lo estrictamente laboral con un compañero de trabajo, éste debe respetarla y no afectar su dignidad, obligándola a soportar vejámenes que lesionen su libertad sexual y su derecho a laborar en un ambiente libre de violencia”.

Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2006-00052 de las 09:30 hrs. del 8 de febrero de 2006.

198. Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2007-00808 de las 10:10 hrs. del 31 de octubre de 2007.

199. Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2005-00550 de las 09:20 hrs. del 22 de junio de 2005.

200. Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2009-00196 de las 10:20 hrs. del 27 de febrero de 2009.

iii. La prueba y su apreciación

El Artículo 33 de la Ley 7476 establece que para apreciar la prueba y determinar si la conducta denunciada constituye hostigamiento sexual, el juez deberá considerar, de conformidad con las reglas de la sana crítica, todas las circunstancias en que ocurrieron los hechos, sin incluir consideraciones relativas a los antecedentes del comportamiento sexual de la persona ofendida²⁰¹.

Como ya se ha señalado, las reglas de apreciación de la prueba deben variarse para situaciones de discriminación. Ya en materia laboral existe el principio de que los jueces deben aplicar las reglas de la sana crítica, es decir, no están sujetos a las reglas del derecho común, pero están obligados a expresar los principios de equidad o de cualquier naturaleza en que funde su criterio, dentro de los cuales se ubican las reglas de la lógica, la experiencia y la psicología²⁰².

Además de la aplicación de las reglas de la sana crítica, la jurisprudencia ha determinado que el hecho del despido debe ser acreditado por la parte que invoca. Sin embargo, tratándose de despidos por hostigamiento sexual en el trabajo (y otros despidos discriminatorios) la declaración de la víctima resulta de especial importancia²⁰³ y, en consecuencia, existe una presunción iuris tantum a favor de la víctima²⁰⁴. Esto se explica en la gran dificultad de probar el acoso sexual, al ser algo que se da en la intimidad, con ausencia total de testigos u otros medios probatorios, por ello se otorga plena credibilidad al dicho de la víctima y el supuesto acosador es quien está llamado a desacreditar la denuncia, demostrando necesariamente la existencia de motivos suficientes para dudar de su veracidad²⁰⁵. “... en este tipo de asuntos, la prueba normalmente no es abundante por la naturaleza de la falta, de ahí que generalmente la única

prueba directa es la declaración de la víctima, por lo que resulta lógico partir de su dicho y sustentar la veracidad de este con los indicios que respaldan su versión, pues por lo general esas situaciones licenciosas se dan furtivamente de forma discreta y oculta en lo secreto, por lo que resulta difícil la obtención de prueba directa que ponga al descubierto los hechos o falta aquí deducida”²⁰⁶.

Sin embargo, la Sala también ha enfatizado que “...tampoco puede entenderse que siempre se deben tener por ciertos los hechos de acoso imputados, al punto de no entrar a valorar el testimonio de la presunta víctima junto con los demás elementos incorporados, redistribuyendo, en este caso, la carga de la prueba en perjuicio del trabajador”²⁰⁷.

El análisis de la prueba debe hacerse en relación con todos los hechos que sirvieron para decidir el despido de que se trata: “Si bien el recurrente lleva razón en cuanto indica que, la sola denuncia, no debe servir para acreditar la falta, lo cierto es que, con el testimonio de la señora xxx y con el del señor xxx, en relación con la prueba documental aportada, puede jurídicamente concluirse que, el accionante, hostigó sexualmente a ambas trabajadoras y, en consecuencia, incurrió en una falta suficiente, por su gravedad, para ser despedido sin responsabilidad patronal”²⁰⁸.

Con estas y otras sentencias similares, se estableció el principio de presunción de verdad *iuris tantum* de la declaración de la víctima de acoso sexual, es decir, que se presume la veracidad de tal declaración mientras no se pruebe lo contrario.

El 5 de junio de 2009 se presentó un recurso de inconstitucionalidad en contra de la jurisprudencia de la Sala Segunda en materia de hostigamiento sexual²⁰⁹. El accionante se fundamentó en que esa jurisprudencia “viola

201. En la reforma de 2010, a que se hizo referencia, se agregó el principio pro víctima en el artículo 22.

202. Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2007-00808 de las 10:10 del 31 de octubre de 2007. Esta resolución cita el siguiente fallo: Sala Constitucional de Costa Rica, Resolución 1996-4448 de las 09:00 del 30 de agosto de 1996.

203. Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2002-00181 de las 08:50 hrs. del 25 de abril de 2002.

204. Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2007-00808 de las 10:10 del 31 de octubre de 2007. En el mismo sentido: Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2008-1061 de las 09:20 del 19 de abril de 2008.

205. Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2006-00052 de las 09:30 hrs. del 8 de febrero de 2006.

206. Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2008-1061 de las 09:20 hrs. del 19 de diciembre de 2008.

207. Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2006-00052 de las 09:30 hrs. del 8 de febrero de 2006, en el mismo sentido: Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 1998-00310 de las 09:50 hrs. del 18 de diciembre de 1998.

208. Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2001-00441 de las 09:40 hrs. del 3 de agosto de 2001.

209. La acción de inconstitucionalidad se tramita en el expediente 09-007149-0007-CO y específicamente en contra de las siguientes sentencias emitidas por la Sala Segunda: 00052-2006 de las 09:30 horas del 8 de febrero del 2006, 00808-2007 de las 10:10 horas del 31 de octubre y 00025-2008 de las 09:35 horas del 18 de enero.



el derecho a la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*”, entre otras consideraciones. A septiembre de 2010, la Sala Constitucional aún no había resuelto sobre este recurso y se encuentran suspendidos del acto final los procedimientos en los cuales se discute la aplicación de esta jurisprudencia.

A juicio de la Defensoría de los Habitantes, “la aplicación del Principio de Verdad *iuris tantum* es vital ya que, desde la experiencia institucional, es claro que en la mayoría de los hechos denunciados las víctimas dan cuenta de que los actos son premeditados, se realizan en la clandestinidad, sin testigos presenciales o directos, por lo que para efectos del procedimiento sólo se cuenta con (...) elementos circunstanciales tales como el estado de ánimo, el miedo, y las referencias a terceros de los hechos. Ante ello, sólo con la prevalencia de la prueba indiciaria en concordancia con la jurisprudencia de la Sala Segunda (...), puede acreditar los hechos que dan cuenta del hostigamiento sexual y se pueden sancionar las conductas”²¹⁰.

iv. La proporcionalidad entre la conducta y la sanción

Un tema importante que ha generado votos salvados en la Sala Segunda es el tema de la proporcionalidad entre la conducta del acosador y la sanción a imponer. El Artículo 34 de la Ley 7476 establece que las sanciones por hostigamiento sexual se aplicarán según la gravedad del hecho y serán las siguientes: amonestación escrita, suspensión y despido, sin perjuicio de que se acuda a la vía correspondiente, cuando las conductas también constituyen hechos punibles. Al respecto vale la pena analizar tres casos. En la determinación de la gravedad de los hechos, los juzgadores tendrán que analizar las conductas constitutivas de acoso sexual de manera cuidadosa, con el fin de determinar el tipo de sanción que ameritan.

En el primer caso²¹¹, el voto de mayoría consideró que “*lleva razón... el impugnante, cuando reclama la violación del principio de proporcionalidad, dado que, por la relativamente escasa magnitud de los hechos denunciados, lo que correspondía era*

aplicar alguna de las sanciones alternativas...”. Los hechos de escasa magnitud a que hace referencia el voto de mayoría consisten a su juicio en “...la mirada que tanto incomodó a doña xxx, únicamente se cuenta con el testimonio de xxx, quien la calificó como maliciosa, pero ni siquiera la propia afectada la describió en esos términos (...)... en modo alguno, constituye una manifestación de hostigamiento sexual (...) El tercer incidente relacionado con la cadena que portaba la señora xxx, debe tenerse por efectivamente demostrado, debido a las serias contradicciones en que incurrió el demandante al respecto ... No obstante lo anterior, se echa de menos la reiteración que exige el numeral 3 de esa misma Ley, para que se tenga por configurado un verdadero acoso sexual; y, por otro lado, no se estima que el comportamiento del actor haya sido de una gravedad tal, como para poder aplicar el párrafo final de esa disposición, que permite tener por configurado el acoso tratándose de una única conducta tipificada como grave”.

Sin embargo, el voto de minoría consideró que sí existían otros indicios graves que configuraban el hostigamiento sexual, como manifestaciones de testigos en sede penal, juicio por difamación en que fue absuelta la principal víctima, narraciones de quienes participaron en una actividad del lugar de trabajo denominada “*el toqueteo*”, con alto contenido sexual, acusación de otra persona por acoso, en fin, una serie de indicios que –según los magistrados disidentes– establecían claramente la existencia de hostigamiento sexual.

En otro caso²¹², el voto de mayoría consideró que el despido era una sanción proporcional a la conducta del acusado, pues el acusado, el director de un medio de comunicación, favoreció actos de hostigamiento, e incurrió en una serie de hechos frente a la denunciante. “*Importa agregar que por su posición jerárquica (...), debió de proceder en la forma que mejor se abone a las virtudes de la ejemplaridad y probidad, por lo que las faltas cometidas se juzgan con mayor rigurosidad, de modo que la sanción de despido impuesta no resulta desproporcionada (...)* Los hechos en que incurrió el actor frente a la denunciante xxx, tales como abrazarla, hacerle miradas chocantes, mostrar un mensaje de dos mujeres desnudas, y hacer comentarios tales como ‘cómo hay noticias ahí en esos periódicos’, refiriéndose a una blusa que andaba

210. Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica: *Gestión y políticas públicas: hacia un Estado Solidario*. Informe Anual de Labores 2009-2010, San José, 2010, p. 188.

211. Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2001-00706 de las 09:30 del 28 de noviembre de 2001.

212. Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2008-00025 de las 09:35 hrs. del 18 de enero de 2008.

xxx, se enmarcan en ellas, de modo, que no se transgredió el principio de legalidad como se acusa”.

Una de las magistrados divergió del voto de mayoría y consideró que: *“Para efectos de resolver el agravio sobre violación al principio de proporcionalidad debemos valorar, en aplicación de ese principio y el de razonabilidad, tanto los hechos demostrados como las circunstancias en que se dieron. De la prueba evacuada se evidencia que era común, en el ambiente laboral del xxx, las bromas pesadas entre compañeros y de parte del señor xxx hacia su personal, se compartían chistes, no solo por iniciativa del actor sino de otros funcionarios; eso mismo ocurría con respecto a la vestimenta del personal femenino y era usual los abrazos entre compañeros y compañeras de trabajo y para todos de parte del actor. No obstante que el comportamiento del señor xxx por su condición de jefe de la señorita xxx, además de impropio y reprochable rayó en excesivo y por los efectos en dicha estudiante tal y como se indicó antes, califican de acoso sexual (...) esa calificación por sí sola no es suficiente para sancionar ese tipo de conductas con el despido sin responsabilidad patronal sino que debe hacerse una valoración de la falta para luego determinar la sanción aplicable ...”*.

El tercer caso²¹³ se trata de una funcionaria que acusa hostigamiento sexual de parte de un compañero de trabajo, quien le dejó mensajes vulgares en el casillero de voz de su teléfono celular. La parte demandada recurre a la Sala Segunda invocando la ausencia del elemento subjetivo (que la víctima se sienta acosada) y la falta de relación de poder como requisitos indispensables para tener por cierto el hostigamiento sexual. Sin embargo, el voto de mayoría consideró que *“sí es posible evidenciar que la víctima se sintió agraviada y acosada pues no sólo trató de averiguar la proveniencia de los mensajes, sino, que lo hizo de conocimiento de su jefe y, posteriormente, interpuso la denuncia para que se investigaran los hechos. Por otro lado, en cuanto al argumento de la inexistencia de la relación de poder, hay que resaltar que la Ley de Hostigamiento Sexual sanciona con mayor énfasis cuando se da esa circunstancia, pero no se encuentra limitada únicamente a situaciones en las cuales se da una relación de poder”*. Después de analizar la prueba aportada, consistente en la declaración de la víctima y de testigos, la Sala concluyó

que “en aplicación de las reglas de la sana crítica (artículo 493 del Código de Trabajo) a la Sala no le cabe la menor duda de que el actor fue el autor responsable del acoso.

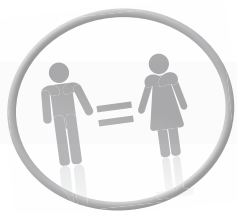
Resta señalar que, en cuanto a la proporcionalidad de la sanción (el despido), es criterio de la mayoría de esta Sala que la gravedad de la falta cometida se ajusta plenamente a la sanción aplicada”.

Una magistrada salvó su voto y consideró que en el caso concreto no se dieron los supuestos fácticos contenidos en la Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Trabajo y la Docencia, ni en la normativa interna de la institución, que permita imputar al actor una conducta típica de acoso sexual en el trabajo: *“... en el caso de estudio, de haberse acreditado el hecho imputado al actor y que originó finalmente su despido, en aplicación del principio de proporcionalidad, lo que ameritó fue una sanción por el uso de un activo del empleador para fines distintos al otorgado, y por haber molestado a la destinataria de tales llamadas, lo que se dio fuera del contexto laboral”*²¹⁴.

Como lo demuestran estos pocos ejemplos citados, la Ley 7476 ha tenido el indudable acierto de visibilizar el fenómeno del acoso sexual, que permanecía oculto, aunque muchas personas lo sufrían. Tanto los tribunales, como la Inspección de Trabajo y la Defensoría de los Habitantes, han recibido denuncias de hostigamiento o acoso sexual. No obstante, este es apenas *“la punta del iceberg”*, pues aún muchas mujeres no se atreven a denunciar este tipo de situaciones por miedo a perder su trabajo, a ser víctima de represalias, o simplemente, a ser estigmatizada por sus compañeros de trabajo.

213. Sala Segunda de Costa Rica, Resolución N° 2009-00196 de las 10:20 del 27 de febrero de 2009.

214. Voto salvado, Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2009-000196 de las 10:20 del 27 de febrero de 2009.



Conclusiones y Recomendaciones



CONCLUSIONES

Sobre la legislación de la subregión

1. La eliminación de toda discriminación en el ámbito laboral ha sido uno de los pilares sobre los cuales se ha edificado la OIT. El concepto de igualdad de género ha ido evolucionando en forma progresiva para pasar de la protección de la mujer trabajadora a la promoción de la equidad y la igualdad. Actualmente la no discriminación en el trabajo es parte central de dos de los convenios fundamentales incorporados en la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y parte medular del concepto de trabajo decente. Asimismo, están intrínsecamente relacionados con la misión de la OIT de promover la justicia social garantizando un trabajo decente para todos y todas, tal como se ha reafirmado recientemente en la Declaración de la OIT de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa. En este sentido, los convenios más importantes sobre la igualdad (Convenios núms. 111, 100, 156 y 183) ofrecen un marco de referencia para las legislaciones y políticas nacionales.
2. El derecho a la igualdad y a la no discriminación en el trabajo está contemplado por todas las legislaciones nacionales, en sus códigos de trabajo. Además Honduras, El Salvador y Nicaragua tipifican como delito la discriminación en el ámbito laboral. Por su parte, tanto Honduras como Nicaragua cuentan con leyes especiales para promover la igualdad, que contemplan de manera central la no discriminación en todos los ámbitos incluido el laboral. Costa Rica ha incorporado en su código de trabajo un capítulo relativo a la no discriminación en el trabajo.
3. No obstante, las legislaciones de la subregión aún contemplan una serie de medidas paternalistas hacia las mujeres que les prohíben realizar trabajo nocturno o aquel considerado peligroso. La visión de finales del siglo XIX de contar con capítulos dirigidos a la “protección de mujeres y menores” resulta actualmente obsoleta y proyecta una imagen de la mujer que no está acorde con el enfoque de derechos que debe prevalecer.
4. Los mecanismos para lograr la exigibilidad del principio de no discriminación en el trabajo no son tan eficientes, pues el acceso de las mujeres a la justicia (tanto administrativa como judicial) aún es muy reducido. Un caso particularmente preocupante es el de República Dominicana, donde la legislación no contempla mecanismos para sancionar la discriminación, ni describe actuaciones que podrían considerarse discriminatorias.
5. Las legislaciones son débiles u omisas en cuanto a guarderías y otros aspectos que tienen que ver con las responsabilidades familiares relacionadas con el cuidado de los hijos e hijas.
6. Todas las legislaciones establecen un fuero de protección a la trabajadora embarazada y en período de lactancia, se garantiza la licencia pre parto y post parto, así como el derecho a la lactancia. No obstante, los despidos discriminatorios a trabajadoras cubiertas por el fuero de maternidad, son frecuentes, como lo son las exigencias de pruebas de embarazo previos a la contratación o durante la contratación.
7. El acoso laboral es una práctica moderna que afecta de manera importante la salud física y psicológica de trabajadores y trabajadoras. Existen, además, particularidades del acoso laboral hacia las mujeres, que se enmarcan en situaciones de violencia de género en el ámbito de trabajo. No obstante, las legislaciones laborales de la subregión no contemplan el tema o lo hacen de una manera muy general. Además, no se ha profundizado en las especificidades del acoso laboral hacia las mujeres, aunque éste es evidente en las situaciones de discriminación por embarazo. Este es un tema que requiere mayor profundización.

8. El hostigamiento o acoso sexual es una forma específica de acoso laboral. Es, además, otra violación severa de los derechos de las trabajadoras, a lo que están expuestas constantemente, en un escenario de tolerancia o indiferencia al problema. Está prohibido de manera indirecta y tímida por la mayoría de las legislaciones. El Salvador lo sanciona por la vía penal y únicamente Costa Rica cuenta con una ley que conceptualiza y establece procedimientos específicos dirigidos a sancionar estas conductas. Se observa un vacío en República Dominicana donde no se establece ninguna sanción para quienes realicen actos de acoso sexual.

Sobre la jurisprudencia comparada

9. Realizar un estudio comparado sobre la jurisprudencia en materia de los derechos laborales de las mujeres en la subregión, es una tarea compleja y llena de obstáculos, por la dificultad de encontrar sentencias sobre el tema y de tener acceso a ellas. Con excepción de Costa Rica, en la subregión la cultura de análisis de la jurisprudencia aún es muy incipiente, a pesar de que ésta es una fuente de derecho.

10. En cuanto a la discriminación, desde la jurisprudencia comparada se pueden encontrar elementos que ayudan a configurar y a desentrañar los actos discriminatorios, a darle contenido al concepto de “igualdad efectiva”, entre otros aspectos.

11. No se ha encontrado jurisprudencia de la subregión referida a la discriminación antes de la contratación, es decir, en el proceso de reclutamiento. Sin embargo, un caso paradigmático de Argentina reafirma que la prohibición de discriminar es antes, durante y después de la contratación. También establece que la libertad de contratar no es absoluta y la prohibición de discriminar es un límite a esa libertad.

12. Tampoco se ha encontrado en la región jurisprudencia sobre discriminación en el acceso a la formación profesional. Sin embargo, la segregación laboral horizontal por sexo sigue siendo un hecho muy presente en los mercados laborales de la región.

13. En el caso de las pruebas de embarazo, práctica extendida en la subregión, los tribunales de Costa Rica – como también ocurre en el caso de Colombia – se han referido al tema, estableciendo categóricamente que la trabajadora únicamente debe dar a conocer su embarazo al empleador para efectos de que empiece a operar la protección respectiva. Exigir las pruebas de embarazo es un acto discriminatorio y, por lo tanto, atenta contra los derechos a la igualdad y a la intimidad, entre otros.

14. Durante la contratación, las mujeres suelen ser discriminadas por recibir salarios más bajos que sus pares masculinos, no acceder a ascensos y ser las primeras despedidas en situaciones de recesión. Una forma clara de discriminación indirecta durante la contratación, la viven las trabajadoras domésticas, colectivo ampliamente desfavorecido tanto en las legislaciones como en la práctica. Los recursos de inconstitucionalidad de las normas discriminatorias contra el servicio doméstico del Código de Trabajo de Costa Rica, son un ejemplo importante que ha derivado –después de muchos años de lucha– en la declaratoria de inconstitucionalidad de algunas de esas normas y, más recientemente, en la reforma del Código de Trabajo para equiparar el régimen legal de este colectivo con el resto de los trabajadores.

15. La mayor cantidad de resoluciones administrativas y judiciales, referidas a los derechos laborales de las trabajadoras, tienen que ver con la discriminación directa por razones vinculadas a la maternidad. En las sentencias estudiadas, los principales hallazgos fueron:

- La maternidad se visualiza como un asunto de las mujeres y no como parte del proceso reproductivo que también involucra al hombre, a la sociedad, a los empleadores y al mismo Estado.
- Los ejemplos encontrados en la jurisprudencia panameña, relativizan aún más el fuero de protección a la maternidad, pues la trabajadora puede ser despedida por aspectos de forma o por ciertas causas cuya gravedad no es proporcional al despido.



- Pareciera que algunos empleadores buscan maneras subrepticias de irrespetar el fuero de protección: alegan reestructuración de personal, no renuevan los contratos interinos, o, inclusive, someten a la trabajadora a acoso laboral al cambiarles de puesto, bajarles el sueldo, cambiarles el horario, entre otras prácticas.
- 16.** La responsabilidad por el cuidado de hijos e hijas sigue recayendo en las mujeres y se tolera la paternidad irresponsable. Muchas mujeres trabajadoras son despedidas al no poder justificar sus ausencias o retrasos por asuntos relacionados con el cuidado de sus hijos e hijas, o que no se acepte su justificación. Al respecto, existe jurisprudencia importante en otros países donde los jueces han aplicado directamente el Convenio núm. 156 para llenar lagunas de la legislación nacional; han condenado a empleadores que no reconocen los mismos beneficios laborales (ascensos, bonificaciones, oportunidades de capacitación, etc.) a las mujeres en virtud de las cargas familiares que deben asumir; y han concedido permisos laborales especiales para aquellas trabajadoras que deben cuidar de sus hijos e hijas que requieran alguna atención especial.
- 17.** Se han encontrado escasas resoluciones relacionadas con el acoso sexual, pues son pocas las mujeres que se atreven a denunciar ya sea por miedo a perder su trabajo, a que no les crean, a ser revictimizadas o estigmatizadas. Donde existe más jurisprudencia al respecto es en Costa Rica, que cuenta con una ley desde 1995, que a grandes rasgos ha establecido las siguientes líneas jurisprudenciales:
- La ley de hostigamiento sexual es una manera de romper la impunidad, pues reconoce –como principio– la asimetría entre la víctima y el acosador. Este último –por lo general– está en una situación de poder; realiza sus actos de acoso sin la presencia de testigos y, muchas veces, es apoyado o tolerado por sus compañeros de trabajo.
 - Las víctimas del acoso no necesariamente son las mujeres más “atractivas”, sino aquellas más vulnerables en razón de la edad, el estado civil, la capacidad física, etc.
 - Para apreciar la prueba, los jueces deben considerar la sana crítica y no dar lugar, como elemento, a los antecedentes del comportamiento sexual de la persona ofendida, como una manera de frenar la actitud generalizada de acusar a la víctima como la “provocadora” por su comportamiento sexual. Lo importante es que son acciones que la víctima no desea y que la afectan en múltiples sentidos.
 - En la apreciación de la prueba, además, se establece la presunción iuris tantum de la veracidad del testimonio de la víctima y la persona acusada tendrá que demostrar que no ha acosado a la trabajadora.
- 18.** Prácticamente no se ha encontrado jurisprudencia que se refiera a colectivos particularmente excluidos: trabajadoras indígenas, con discapacidades, que no han tenido acceso al sistema educativo, de la zona rural, etc. Los obstáculos ya conocidos para acceder a la justicia, se exacerban en estas situaciones de poblaciones cuyos derechos humanos son violentados de manera frecuente.

RECOMENDACIONES

1. A pesar de los avances en el ámbito normativo, aún es necesario revisar las legislaciones para asegurar, entre otros aspectos, que:

- Se transite del enfoque de “protección a la maternidad”, prevaleciente actualmente, hacia la “protección del proceso reproductivo”, que toma en cuenta no solo la maternidad sino también la paternidad y el cuidado de hijos e hijas; y la corresponsabilidad del Estado y de los empleadores. De esta manera la reproducción humana se conceptualiza con una visión amplia, que no concierne únicamente a las mujeres y que abarca más allá del parto y la lactancia e incluye las responsabilidades familiares.
- Se deroguen disposiciones paternalistas y obsoletas que deciden por las mujeres en qué establecimientos, condiciones y horarios deben trabajar.
- Se establezcan mecanismos específicos para sancionar la discriminación y se creen los instrumentos necesarios para poder hacer realidad el principio de no discriminación consagrado en las Constituciones y las legislaciones nacionales.
- Se garantice el reintegro de la trabajadora despedida en forma ilegal durante el fuero de maternidad.
- Se cuente con legislación específica que prohíba y sancione el acoso laboral en general y el acoso sexual en particular; como ya lo han hecho algunos países.

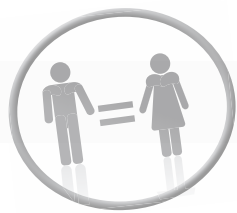
2. También es necesario que se establezcan mecanismos procesales específicos que posibiliten el conocimiento de situaciones de discriminación (tan difíciles de detectar porque se cometen en el ámbito privado o asumen diversas formas con apariencia de legalidad) como la flexibilización de la carga de la prueba o el impulso del principio pro-víctima. En este sentido, la jurisprudencia española –y de otros países– ha brindado elementos

para configurar la técnica de prueba de indicios que permita a los juzgadores partir de la presunción de la existencia de la discriminación y que la parte demandada se ocupe de demostrar lo contrario.

- 3. También se debe promover la ratificación de dos convenios muy importantes para la igualdad y que aún no han sido ratificados por todos los países de la subregión: el Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183) y el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156). Estos instrumentos no solo ofrecen líneas importantes para la reforma de las legislaciones, sino también de las políticas públicas. Poseen, además, la virtud de promover el involucramiento tripartito: gobierno, organizaciones de empleadores, organizaciones de trabajadores, desde la perspectiva del diálogo social.
- 4. Las reformas a la legislación y las ratificaciones deben ir de la mano con campañas de prevención, de capacitación y sensibilización dirigidas a los diferentes actores: operadores jurídicos, trabajadores y trabajadoras, empleadores y empleadoras y sociedad civil en general. Es fundamental romper la cultura de la tolerancia hacia la discriminación en general y hacia la discriminación de las mujeres en el trabajo en particular. La discriminación no solo socava los cimientos de una sociedad democrática y de derecho pero además deteriora la productividad de un país.
- 5. Es necesario erradicar la práctica ilegal de solicitar pruebas de embarazo antes de la contratación o durante la misma. Para ello, los Ministerios de Trabajo deben desplegar su deber de vigilar la aplicación de la ley, pero también se deben diseñar mecanismos preventivos y disuasivos como campañas de comunicación y difusión dirigidas hacia empleadores y trabajadores. También se deben promover códigos de ética e incluir el rechazo a este tipo de prácticas como parte de la responsabilidad social empresarial.



6. Se debe enfatizar, mediante campañas y otros mecanismos similares, que el cuidado de hijos, hijas y otras personas que requieren atención especial es una responsabilidad social y, por lo tanto, no le corresponde asumirla únicamente a las mujeres. Debe haber una concurrencia de esfuerzos que involucre al Estado, a los empleadores y a la sociedad civil, promoviendo el establecimiento de redes de cuidado -debidamente organizadas y con personal capacitado- tanto públicas como privadas, creación de guarderías en los centros de trabajo o en las comunidades, etc. A la vez, debe promoverse la paternidad responsable y el involucramiento de los hombres en todas las tareas del cuidado de hijos, hijas y otras personas.
7. Es necesario profundizar en las especificidades del acoso laboral y del acoso sexual hacia las mujeres. Paralelamente a la promoción de la cultura de la denuncia y de la no tolerancia de situaciones de acoso, se deben brindar mecanismos de acompañamiento, asesoría y patrocinio letrado a las víctimas, pues la situación de asimetría entre el acosador (jefe, colega, etc.) y la persona ofendida promueve la impunidad.
8. Se debe promover la cultura de la consulta a la jurisprudencia, la cual es una fuente de derecho en todos los países. Es necesario, además, difundir aquellas sentencias paradigmáticas que se dicten no solo por parte de los tribunales nacionales, sino también por parte de tribunales extranjeros o internacionales. En una era de globalización y de alta tecnología en la comunicación, es preciso aprovechar esos adelantos tecnológicos para nutrirse de los avances más allá de las fronteras nacionales. En ese sentido, sería altamente beneficioso contar con una base de datos subregional de resoluciones paradigmáticas sobre derechos laborales de las mujeres -tanto nacionales como extranjeras- que se difunda ampliamente por medios electrónicos e impresos y dirigida tanto a especialistas (jueces y juezas, inspectores de trabajo y otros) como a la población en general.
9. Debe velarse por la adecuada preparación y actualización de los operadores jurídicos, con el fin de que conozcan a fondo los instrumentos y principios de derecho internacional, tales como los Convenios de la OIT, y sepan sobre la importancia, el por qué y el cuándo utilizar esos instrumentos.
10. Es importante, además, promover la cooperación sur-sur y norte-sur, realizando conferencias, seminarios, pasantías, cursos de actualización, misiones de asistencia técnica, presenciales o virtuales, entre funcionarios y funcionarias judiciales y administrativos de diferentes países. Asimismo, se debe involucrar en estos procesos de cooperación a empleadores y trabajadores.
11. Es vital realizar investigaciones sobre los derechos laborales de trabajadoras en situaciones particularmente vulnerables: migrantes, en el servicio doméstico, de la zona rural, con discapacidades, indígenas, afrodescendientes, etc.



Bibliografía, Legislación y Jurisprudencia

- Ackerman, M.E. (2000): "La discriminación laboral de la mujer en las normas legales y convencionales y en la jurisprudencia en la Argentina", en: *Ley, mercado y discriminación: el género del trabajo*, compiladora Haydée Birgin, 1º ed. Biblos, Buenos Aires.
- Cabrera Merida, N.O., et. al. (2010): *La institucionalización sociocultural y jurídica de la desigualdad: el trabajo doméstico remunerado en Guatemala*, Consejo de Ministras de la Mujer de Centroamérica del Sistema de Integración Centroamericana (COMMCA/SICA), 1ª ed., Guatemala.
- Caamaño Rojo, Eduardo (2001): "La discriminación laboral indirecta", en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, volumen XII, diciembre.
- CIF (2009): *Derecho internacional del trabajo y derecho interno: Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho*, Centro Internacional de Formación de la OIT, Turín.
- CIF (2009): *Utilización del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales. Recopilación de sentencias*, OIT, Turín.
- CINTERFOR (s.f.): *El acoso sexual. Un problema de relaciones de poder*, Género, formación y trabajo, http://www.oitcinterfor.org/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/gender/doc/cinter/pacto/cue_gen/aco_sex.htm
- Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) (1996): *Igualdad en el empleo y la ocupación*, en <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/surveyq.htm>.
- Cortés Carcelén, J. C. (s.f.): *Los derechos inespecíficos laborales: análisis de algunas sentencias del Tribunal Constitucional*, Universidad Católica del Perú.
- Defensoría de los Habitantes (2009): *Informe Anual de Labores 2008-2009 Cuarto Observatorio de Derechos Humanos en Costa Rica: La Seguridad humana: una apuesta por la dignidad...*, San José.
- Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica (2010): *Gestión y políticas públicas: hacia un Estado Solidario. Informe Anual de Labores 2009-2010*, San José.
- FUNPADEM (2008): *Discriminación de género y derechos laborales de las mujeres. Estudio nacional sobre la discriminación femenina por razones de género, con énfasis en la maquila textil de Honduras*, Proyecto Cumple y Gana, San José.
- FUNPADEM (2007): *Solo pedimos que nos traten como humanas: discriminación laboral femenina, por razones de género con énfasis en las empresas textiles y/o maquiladoras de Guatemala*, Proyecto Cumple y Gana, San José.
- FUNPADEM (2007): *Un pasito adelante y mucho camino por andar: Informe del estudio sobre discriminación laboral femenina por razones de género en empresas textiles de las zonas francas de Nicaragua*, FUNPADEM, San José.
- Jiménez, R. y Fernández, J (2001): *La igualdad en el derecho laboral centroamericano*, ILANUD, Programa Mujer, Justicia y Género, OIT, Proyecto para Mujeres Trabajadoras de la Maquila, San José.



Lousada Arochena, José Fernando (s.f.): "La prueba de la discriminación del acoso sexual y moral en el proceso laboral", en: *Revista Ámbito Jurídico*, www.ccoo.es/comunes/temp/recursos/1/395219.pdf.

Martínez, N., et. al. (2010): *La institucionalización sociocultural y jurídica de la desigualdad: el trabajo doméstico remunerado en Honduras*, Consejo de Ministras de la Mujer de Centroamérica del Sistema de Integración Centroamericana (COMMCA/SICA), 1ª ed., Tegucigalpa.

Ministerio de Igualdad (2010): *Acoso sexual y acoso por razón de sexo en el ámbito laboral*, Materiales Divulgativos, Ministerio de Igualdad, Gobierno de España, Madrid.

Nogueira Guastavino, Magdalena (s.f.): "La doctrina constitucional sobre discriminación directa por razón de embarazo en el siglo XXI", en: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid.

Obando Montero, Juan Carlos, et. al (2009): *Mercado laboral en Centroamérica y República Dominicana*, Observatorio Laboral de Centroamérica y República Dominicana (OLACD), Coordinación Educativa y Cultural Centroamericana (CECC), OIT, San José.

Oficina Internacional del Trabajo (2001): *Las normas internacionales del trabajo. Un enfoque global*, 75º Aniversario de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, versión preliminar, OIT, Ginebra.

Oficina Internacional del Trabajo (2001): *Trabajo nocturno de las mujeres en la industria*, Conferencia Internacional del Trabajo, 89.ª reunión, Ginebra.

OIT (2008): *ABC de los derechos de las trabajadoras y la igualdad de género*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.

OIT (2010): *Estadísticas de los tribunales competentes en material laboral en los países de Centroamérica y República Dominicana*, Organización Internacional del Trabajo, San José.

OIT (2007): *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 96.ª reunión, Informe I (B), Ginebra.

OIT (1990): *Mujeres trabajadoras: ¿Protección o igualdad?*, Condiciones de Trabajo. I, Recopilación, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Madrid.

OIT (2001): *Trabajo nocturno de las mujeres en la industria*, Estudio general, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Conferencia Internacional del Trabajo, 89.ª reunión.

OIT-IPEC (2004): *Estudio comparado de las legislaciones de América Central y República Dominicana en materia de trabajo infantil doméstico*, Oficina Internacional del Trabajo, San José.

OIT-IPEC (2006): *Reflexiones sobre la aplicación de los convenios de la OIT sobre trabajo infantil y sus peores formas en América Central y República Dominicana*, Oficina Internacional del Trabajo, San José.

OIT-PNUD (2009): *Trabajo y familia: Hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social*, Oficina Internacional del Trabajo y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Santiago.

OIT/Proyecto Verificación (2010): *Informe de verificación de la implementación de las recomendaciones del Libro Blanco*, agosto 2009 – enero 2010, Costa Rica, San José.

OIT/Proyecto Verificación (2010): *Informe de verificación de la implementación de las recomendaciones del Libro Blanco*, febrero 2009 – julio 2009, Nicaragua, San José.

Palacios, M., et. al. (2010): *La institucionalización sociocultural y jurídica de la desigualdad: el trabajo doméstico remunerado en Nicaragua*, Consejo de Ministras de la Mujer de Centroamérica del Sistema de Integración Centroamericana (COMMCA/SICA), 1ª ed., Managua.

Palomeque López y M. Álvarez de la Rosa (2005): *Derecho del Trabajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Decimotercera edición, Madrid.

Piza, Rodolfo E. y otros (s.f.): *Derechos laborales en Centroamérica y República Dominicana*, Proyecto Cumple y Gana, Fortalecimiento de los Derechos Laborales Centroamérica, Panamá y República Dominicana, FUNPADEM, San José.

Proyecto Cumple y Gana (2008): *Discriminación de género y derechos laborales de las mujeres: Una responsabilidad compartida que requiere un esfuerzo conjunto*, FUNDAPADEM, San José.

Proyecto Cumple y Gana (2008): *Equidad e igualdad de género en el trabajo de las mujeres... un compromiso de todos y todas: Estudio nacional sobre discriminación laboral femenina por razones de género, con énfasis en la maquila*, Proyecto Cumple y Gana, PEyGE, FUNDAPADEM, San José.

Proyecto Cumple y Gana (2007): *Roles en tensión: madres y trabajadoras en las zonas francas dominicanas*, FUNPADEM, San José.

Vega, A. L. et. al. (2010): *La institucionalización sociocultural y jurídica de la desigualdad: el trabajo doméstico remunerado en El Salvador*, Consejo de Ministras de la Mujer de Centroamérica del Sistema de Integración Centroamericana (COMMCA/SICA), 1ª ed., San Salvador.

Zamorano Abel Augusto (s.f.): "Los fueros laborales y su proceso de reintegro en la legislación panameña" en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Panamá.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de la República de Costa Rica del 8 de noviembre de 1949.

Constitución de la República de El Salvador, N° 38 de 15 de diciembre de 1983.

Constitución de la República de Guatemala, Diario Oficial de 3 de junio de 1985, Tomo 226, Diario 41.

Constitución Política de la República de Honduras, Decreto N° 131 de 11 de enero de 1982.

Constitución Política de la República de Nicaragua, 9 de enero de 1987.

Constitución de la República Dominicana, proclamada el 26 de enero. Publicada en La Gaceta Oficial N° 10561, del 26 de enero de 2010.

Código de Trabajo de Costa Rica, N° 2 del 27 de agosto de 1943.

Código de Trabajo de El Salvador, Decreto Legislativo N° 15 del 23 de julio de 1972.



Código de Trabajo de Guatemala, Decreto N° 330 de 5 de mayo de 1961.

Código de Trabajo de Nicaragua, Ley núm. 185 de 1996.

Código de Trabajo de Panamá

Código de Trabajo de República Dominicana, Ley núm. 1692 de 29 de mayo de 1992.

Código Penal de El Salvador, Decreto Legislativo N° 1030 de 26 de abril de 1997.

Código Penal de Honduras, Decreto 144-83.

Código Penal de Nicaragua, Ley 641 de 13 de noviembre de 2007.

Ley de Igualdad de Derechos y Oportunidades de Nicaragua, N° 648 del 14 de febrero de 2008. Publicada en La Gaceta N° 51 del 12 de marzo de 2008.

Ley de Igualdad de Oportunidades para la Mujer de Honduras, Decreto 34-2000

Ley N° 8107 de 18 de julio del 2001 que adiciona el Código de Trabajo de Costa Rica.

Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres de El Salvador, 25 de noviembre de 2010.

Ley General de Prevención de Riesgos en los Lugares de Trabajo de El Salvador, Decreto Legislativo N° 254 de 21 de enero de 2010.

JURISPRUDENCIA

Costa Rica

Consulta DAJ-AE-428-05 del 6 de octubre de 2005 presentada a la Dirección de Asuntos Jurídicos, Departamento de Asesoría Externa, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS), Costa Rica.

Sala Constitucional de Costa Rica, Resolución 3150 de las 15:06 hrs. del 28 de junio de 1994.

Sala Constitucional de Costa Rica, Resolución 1996-4448 de las 09:00 del 30 de agosto de 1996.

Sala Constitucional de Costa Rica, N° 1319-1997 de las 14:50 hrs. del 4 de marzo de 1997.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución 00716 de las 11:51 hrs. del 6 de febrero de 1998.

Sala Constitucional de Costa Rica, Resolución N° 2005-11262, de las 15:00 hrs. del 24 de agosto de 2005.

Sala Constitucional de Costa Rica, Resolución N° 2006-12246 de las 15:24 hrs. del 22 de agosto de 2006.

Sala Constitucional de Costa Rica, Resolución N° 2006-17437 las 19:35 hrs. del 29 de noviembre de 2006.

Sala Constitucional de Costa Rica, Resolución N° 2006-17859 de las 16:21 hrs. del 12 de diciembre de 2006.

Sala Constitucional de Costa Rica, Resolución N° 2007-1144 de las 15:21 del 30 de enero de 2007.

Sala Constitucional de Costa Rica, Resolución N° 2007-03043 de 14:54 hrs. de 7 de marzo de 2007.

Sala Constitucional de Costa Rica, Resolución 2008-11863 de las 16:19 hrs. del 29 de julio de 2008.

Sala Constitucional de Costa Rica, Resolución N° 2008-16970 de 14:48 hrs. del 12 de noviembre de 2008.

Sala Constitucional de Costa Rica, Resolución N° 2009-07101 de las 18:18 hrs. del 30 de abril del 2009.

Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 1998-00310 de las 09:50 hrs. del 18 de diciembre de 1998.

Sala Segunda de Costa Rica, Resolución N° 2000-00266 de las 10:35 hrs. del 3 de marzo de 2000.

Sala Segunda de Costa Rica, Resolución N° 2000-00948 de las 08:10 hrs. del 24 de noviembre de 2000.

Sala Segunda de Costa Rica, Resolución N° 2001-00136 de las 09:35 hrs. del 23 de febrero de 2001.

Sala Segunda de Costa Rica, Resolución N° 2001-00194 de las 10:20 del 28 de marzo de 2001.

Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2001-00238 de las 10:10 hrs. del 27 de abril de 2001.

Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2001-00282 de las 10:20 hrs. del 25 de mayo de 2001.

Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2001-00441 de las 09:40 hrs. del 3 de agosto de 2001.

Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2001-456 de las 15:05 hrs. del 10 de agosto de 2001.

Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2002-1764 de las 14:37 horas, del 20 de febrero del 2002.

Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2002-00181 de las 08:50 hrs. del 25 de abril de 2002.

Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2002-379 de las 09:50 hrs. del 31 de julio de 2002.

Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2003-0792 de las 14:35 hrs. del 18 de diciembre de 2003.

Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2004-583 de las 10:15 hrs. del 14 de julio de 2004.

Sala Segunda de Costa Rica, Resolución N° 2005-00202 de las 09:50 hrs. del 15 de marzo de 2005.

Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2005-00550 de las 09:20 hrs. del 22 de junio de 2005.

Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2005-0655 de las 14:05 hrs. del 3 de agosto de 2005.

Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2006-00019 de las 09:35 hrs. del 27 de enero de 2006.

Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2006-00052 de las 09:30 hrs. del 8 de febrero de 2006.

Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2007-00808 de las 10:10 hrs. del 31 de octubre de 2007.

Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2008-00093 de las 10:20 hrs. del 8 de febrero de 2008.

Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2008-1061 de las 09:20 del 19 de abril de 2008.

Sala Segunda de Costa Rica, Resolución N° 2008-00584 de las 10:35 hrs. del 18 de julio de 2008.

Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2009-00196 de las 10:20 hrs. del 27 de febrero de 2009.



Sala Segunda de Costa Rica, Resolución N° 2009-00163 de las 09:55 hrs. del 29 de febrero de 2009.

Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2009-00220 de las 15:15 del 11 de marzo de 2009.

Sala Segunda de Costa Rica, Resolución N° 2009-00375 de 10:10 hrs. del 8 de mayo de 2009.

Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2009-001230 de 11:25 hrs. del 2 de diciembre de 2009.

Sala Segunda de Costa Rica, Resolución 2008-00516 de las 09:55 hrs. del 18 de junio de 2008.

Tribunal de Trabajo, Sección III, Costa Rica, Resolución N° 2009-00149 de las 08:35 hrs. del 30 de marzo de 2009.

Tribunal de Casación Penal de Costa Rica, Resolución 2002-00358 de las 09:40 hrs. del 10 de mayo de 2002.

El Salvador

Sala de lo Constitucional de El Salvador, Sentencia Exp. 554-2005 del 12 de marzo de 2007.

Sala de lo Constitucional de El Salvador: Exp. 6-2006 del 15 de Mayo de 2007.

Dirección General de Inspección de Trabajo de El Salvador, Unidad Especial de Género y Prevención de Actos Laborales Discriminatorios, Acta de Inspección Especial Exp. 597-UD-10-09 del 5 de Noviembre de 2009.

Unidad Especial de Género y Prevención de Actos Laborales Discriminatorios, Dirección General de Inspección de Trabajo, San Salvador, El Salvador: Actas de Inspección Especial Exp. 504-UD-09-09 del 25 de Setiembre de 2009, Exp. 591-UD-10-08 del 23 de Octubre de 2008, 437-UD-07-09 del 20 de Julio de 2009 y 574-UD-10-04 del 18 de Diciembre de 2009.

Unidad Especial de Género y Prevención de Actos Laborales Discriminatorios de la Dirección General de Trabajo, San Salvador, El Salvador, Acta de Inspección Especial No. 272-UD-07-09 del 17 de Julio de 2008.

Unidad Especial de Género y Prevención de Actos Laborales Discriminatorios de la Dirección General de Trabajo, San Salvador, El Salvador, Acta de Inspección Especial No. 343-UD-05-09 del 2 de Abril de 2009.

Unidad Especial de Género y Prevención de Actos Laborales Discriminatorios de la Dirección General de Trabajo, San Salvador, El Salvador, Acta de Inspección Especial No. 296-UD-03-09 del 2 de Abril de 2009.

Unidad Especial de Género y Prevención de Actos Laborales Discriminatorios de la Dirección General de Trabajo, San Salvador, El Salvador, Acta de Inspección Especial No. 427-UD-07-09 del 28 de Agosto de 2009.

Unidad Especial de Género y Prevención de Actos Laborales Discriminatorios, Dirección General de Inspección de Trabajo, El Salvador, Acta de Inspección Especial Exp. 568-UD-09-09 del 8 de Octubre de 2009.

Unidad Especial de Género y Prevención de Actos Laborales Discriminatorios, Dirección General de Inspección de Trabajo, San Salvador, El Salvador, Acta de Inspección Especial, Exp. 156-UD-04-08 del 19 de Mayo de 2008.

Unidad Especial de Género y Prevención de Actos Laborales Discriminatorios, Dirección General de Inspección de Trabajo, San Salvador, El Salvador, Acta de Inspección Especial Exp. 473-UD-08-09 del 2 de septiembre de 2009.

Unidad Especial de Género y Prevención de Actos Laborales Discriminatorios, Dirección General de Inspección de Trabajo, San Salvador, El Salvador, Acta de Inspección Especial, Exp. 420-UD-07-08 del 5 de Septiembre de 2008.

Unidad Especial de Género y Prevención de Actos Laborales Discriminatorios, Dirección General de Inspección de Trabajo, San Salvador, El Salvador, Acta de Inspección Especial, Exp. 367-UD-05-09 del 3 de Julio de 2009.

Unidad Especial de Género y Prevención de Actos Laborales Discriminatorios, Dirección General de Inspección de Trabajo, San Salvador, El Salvador, Acta de Inspección Especial, Exp. 420-UD-07-08 del 5 de Setiembre de 2008.

Unidad Especial de Género y Prevención de Actos Laborales Discriminatorios, Dirección General de Inspección de Trabajo, San Salvador, Acta de Inspección Especial N° 645-UD-I I-08-Especial de 28 de noviembre de 2008.

Unidad Especial de Género y Prevención de Actos Laborales Discriminatorios, Acta de Inspección Especial, Exp. N° 58-UD-02-10 de 12 de febrero de 2010.

Guatemala

Juzgado de Primera Instancia de Trabajo de Quetzaltenango, Guatemala, Expediente 55-2006, 17/07/2006

Honduras

Sala Laboral – Contencioso Administrativo, Corte Suprema de Justicia, Tegucigalpa, Honduras, Sentencia Exp. CL-1072-91SJ del 1 de Setiembre de 1992.

Corte Suprema de Justicia, Tegucigalpa, Honduras, Sentencia Exp. AL-1101-1169-9 del 8 de febrero de 1996.

Corte de Apelaciones del Trabajo, Tegucigalpa, Honduras, Sentencia Exp. 3330 del 3 de Noviembre de 2004.

Corte de Apelaciones del Trabajo, Tegucigalpa, Honduras, Sentencia Exp. 3333 del 11 de Enero de 2005.

Corte de Apelaciones del Trabajo, Tegucigalpa, Honduras, Sentencia Exp. 3919 del 8 de Marzo de 2005.

Corte de Apelaciones del Trabajo; San Pedro Sula, Cortés, Honduras, Sentencia Exp. 19165 del 6 de Marzo de 2006.

Corte de Apelaciones del Trabajo, San Pedro Sula, Cortés, Honduras, Sentencia Exp. 19374 del 3 de Agosto de 2006.

Corte de Apelaciones del Trabajo San Pedro Sula, Honduras, Exp. 7349-JF de 19 de junio de 2007.

Sala Laboral – Contencioso Administrativo, Corte Suprema de Justicia, Tegucigalpa, Honduras, Sentencia del 12 de Octubre de 2007.

Juzgado de Letras Primero del Trabajo, Tegucigalpa, Honduras, Sentencia Exp. 1307 del 8 de Junio de 2001.

Juzgado Segundo de Letras del Trabajo, Tegucigalpa, Honduras, Sentencia Exp. 258 del 19 de Setiembre de 2001.

Juzgado de Letras Primero del Trabajo Francisco Morazán, Resolución 2094 del 9 de septiembre de 2002.

Juzgado de Letras Primero del Trabajo, Tegucigalpa, Exp. 2106 de 22 de octubre de 2002.

Juzgado Primero de Letras del Trabajo, Tegucigalpa, Honduras, Sentencia Exp. 2675 del 7 de Mayo de 2003.

Juzgado de Letras Primero del Trabajo Francisco Morazán, Honduras, Resolución 3051 del 11 de diciembre de 2003.



Juzgado de Letras Segundo Seccional del Trabajo, San Pedro Sula, Cortés, Honduras, Sentencia Exp. 7641 del 31 de Enero de 2006.

Juzgado de Letras Primero Seccional del Trabajo, San Pedro Sula, Cortés, Honduras, Sentencia Exp. 18023 del 26 de Abril de 2006.

Juzgado Segundo de Letras, Seccional del Trabajo, San Pedro Sula, Honduras, 5 de julio de 2007.

Inspección General del Trabajo, Secretaría de Trabajo y Seguridad Social, Tegucigalpa, Honduras, Resolución del 12 de Noviembre de 2007.

Nicaragua

Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, Comisión Régimen Disciplinario, Sentencia N° 101, Managua, 14 de octubre de 2002.

Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, Sala Constitucional, Sentencia N° 120, 16 de marzo de 2009.

Sala de lo Constitucional, Nicaragua, Sentencia No. 105 de 11 de junio de 2007.

Sala de lo Constitucional de Nicaragua, N° 0042, 23 de febrero de 2009.

Tribunal de Apelaciones Circunscripción Managua, Nicaragua, Sala de lo Laboral, Sentencia N° 137 de 27 de julio de 2000.

Tribunal de Apelaciones de Managua, Sala de lo Laboral, Sentencia N° 177, 30 de octubre de 2000.

Tribunal de Apelaciones de Managua, Sentencia N° 0231 del 21 de diciembre de 2000.

Tribunal de Apelaciones Sur, Sala de lo Civil y lo Laboral, Nicaragua, Sentencia N° 31 de 24 de agosto de 2001.

Tribunal de Apelaciones, Circunscripción Oriental, Nicaragua, Sala de lo Civil y Laboral, Sentencia N° 16 de 28 de enero de 2003.

Tribunal de Apelaciones, Circunscripción Managua del 14 de julio del 2003.

Tribunal de Apelaciones de Managua, Sala Laboral, Resolución No. 27/2006, Exp. 207-1001-05, de 8 de febrero de 2006.

Juzgado Segundo de Distrito del Trabajo, Managua, N° 267 del 15 de diciembre de 2005.

Juzgado Primero Distrito del Trabajo, Managua, Sentencia N° 183, Exp. 000028-1001-2007-LB de 11 de octubre de 2008.

Inspectoría General del Trabajo de Managua, Nicaragua, Exp. 047-07 de 6 de febrero de 2007.

Inspectoría Departamental de León, Nicaragua, Exp. 006-2008 de 25 de febrero de 2008.

Inspectoría Departamental de Chinandega, Nicaragua, Acta de Inspección Ordinaria, No. 15 de 11 de febrero de 2009.

Panamá

Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, fallo del 30 de diciembre de 1993.

Pleno de la Corte Suprema de Justicia, Fallo del 29 de abril de 1994.

Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, fallo de 12 de agosto de 1994.

Pleno de la CSJ, 21 de abril de 1995

Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sentencia de 17 de mayo de 1996.

Pleno de la CSJ, Sentencia de 18 de septiembre de 1998.

Pleno de la Corte Suprema de Justicia, fallo del 23 de marzo de 1999.

Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sentencia de 28 de abril de 2004.

Pleno de la CSJ, 15 de mayo de 2003.

Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sentencia de 2 de septiembre de 2005.

Pleno de la CSJ, 13 de abril de 2007.

Sala Tercera de Panamá, Sentencia de 14 de diciembre de 1990.

Sala Tercera Laboral de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sentencia de 13 de noviembre de 1997.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 19 de agosto de 1999.

Sala Tercera laboral de Panamá, Sentencia de 2 de febrero de 2001.

Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de Panamá, Tribunal de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 18 de junio de 2003.

Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de Panamá, Sentencia de 26 de septiembre de 2003.

Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de Panamá, Sentencia del 7 de mayo de 2004.

Tribunal Superior de Trabajo del Primer Distrito Judicial de Panamá, Sentencia de 3 de enero de 1996.

Tribunal Superior de Trabajo del Segundo Distrito Judicial- Santiago, Panamá. Sentencia de 27 de agosto de 2008.

Tribunal Superior de Trabajo del Segundo Distrito Judicial- Santiago, Panamá. Sentencia de 27 de agosto de 2008.

Tribunal Superior de Trabajo del Primer Distrito Judicial de Panamá, Sentencia 2 de septiembre de 2008

Tribunal Superior de Trabajo del Primer Distrito Judicial de Panamá, Sentencia del 6 de octubre de 2008.

Tribunal Superior de Trabajo del Primer Distrito Judicial de Panamá, Sentencia 22 de mayo de 2009.

Tribunal Superior de Trabajo del Primer Distrito Judicial de Panamá, Sentencia 24 de noviembre de 2009.



Tribunal Superior de Trabajo del Primer Distrito Judicial de Panamá, Sentencia 19 de febrero de 2010

Juzgado Segundo de Trabajo de la Tercera Sección, David, Panamá, Auto 200 de 19 de mayo de 2005.

Juzgado Primero de Trabajo de la Tercera Sección, Sentencia de 26 de junio de 2006.

Juzgado de Trabajo de la Quinta Sección, Changuinola, Panamá, Sentencia N° 016 de 3 de junio de 2008.

Juzgado Segundo de Trabajo de la Primera Sección de Panamá, Sentencia N° 60 de 16 de septiembre de 2009.

República Dominicana

Sentencia del 18 de marzo de 1999, N° 68, B.J. 1060.

Cámara de Tierras, Laboral, Contencioso-Administrativo y Contencioso-Tributario de República Dominicana, Sentencia del 2 de junio de 1999, N° 17.

Corte de Trabajo del Departamento Judicial de San Pedro de Macorís, República Dominicana, Sentencia del 31 de mayo del 2000, N° 24.

Sentencia del 27 de noviembre de 2002, N° 36, Boletín Judicial N° 1104.

Otros países

Cámara Civil, Buenos Aires, 16 de diciembre de 2002.

Cámara del Trabajo de la IIIa. Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, San Carlos de Bariloche, Argentina, Sentencia 79D, 11 de mayo de 2006.

Corte de Constitucionalidad de Colombia, Sentencia C-622/97, Santa Fe de Bogotá, D.C., noviembre 27 de 1997.

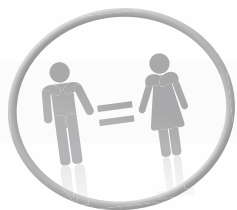
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1002/99, Santa Fe de Bogotá, D.C., a los 9 días del mes de diciembre de 1999.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-472/02.

Juzgado No. 13 de lo Social, Barcelona, 7 de Septiembre de 2007.

Juzgado de lo Social No. 2, Demanda 348/2008, Cáceres, España, 26 de noviembre de 2008.

Sala Primera del Tribunal Constitucional de España, Sentencia 182/2005, 4 de julio de 2005.



Anexo: Guía para la Recopilación de Jurisprudencia

Se asumen dos significados de jurisprudencia: en sentido amplio y en sentido estricto²¹⁵. En sentido amplio es toda producción jurídica a partir de la interpretación del derecho que realizan los operadores jurídicos (órganos jurisdiccionales y administrativos) y que no necesariamente es de carácter vinculante; desde esta perspectiva interesan los casos resueltos independientemente de la instancia jurisdiccional que le tocó resolver (juzgado, tribunal, cámara, etc.). Jurisprudencia en sentido estricto, son las resoluciones emanadas del Tribunal Supremo de un país y que tienen carácter vinculante, excepto para sí mismo. Para este estudio interesa recopilar una muestra de la jurisprudencia entendida en sentido amplio y, de ser posible, toda la jurisprudencia entendida en sentido estricto, partiendo del supuesto de que el número de resoluciones de este nivel es mucho menor y que al ser emitida por el Tribunal Supremo adquiere trascendencia por su carácter vinculante y porque, generalmente, corresponde a sentencias que marcan un hito o que son paradigmáticas (véase el punto III.4).

La recopilación de jurisprudencia no es una tarea sencilla, pues son pocos los países de la subregión que cuentan con índices de jurisprudencia, que permitan ubicar fácilmente los casos relacionados con los derechos de las mujeres trabajadoras. La mayoría de los países tramitan y archivan los expedientes de los casos con los nombres de las partes y no por el tipo de causa, lo cual hace que la tarea de búsqueda de casos sea compleja.

I. PASOS

Para iniciar la labor de recopilación de jurisprudencia, se sugiere seguir todos o algunos de los siguientes pasos, dependiendo de la realidad nacional y de la facilidad o dificultad que entraña la búsqueda de jurisprudencia:

Paso N° 1. Identificación de bases de datos o archivos de jurisprudencia judicial. El equipo de colaboradores iniciará su trabajo con la identificación de bases de datos o los cuales son, por lo general, conocidos en el ámbito de la práctica del derecho.

De una pesquisa preliminar se ha encontrado que:

- En **Costa Rica**, el Sistema Costarricense de Información Jurídica (<http://www.pgr.go.cr/Scij/>) contiene la jurisprudencia emanada de los tribunales laborales y de la Sala Segunda (segunda y última instancia en el campo laboral, respectivamente). De un análisis preliminar se encontró que para el período 1991-2009 se han emitido las siguientes sentencias:
 - 135 relacionadas con la aplicación del Artículo 94 del Código de Trabajo, que se refiere a la prohibición de despedir a trabajadoras en estado de embarazo o período de lactancia;
 - 52 relacionadas con la aplicación del Artículo 95 del Código de Trabajo, que se refiere a la licencia remunerada por maternidad;
 - 4 relacionadas con la aplicación del Artículo 96 del Código de Trabajo, que se refiere al abono del descanso de maternidad a las vacaciones;
 - 4 relacionadas con la aplicación del Artículo 97 del Código de Trabajo, que se refiere al derecho de lactancia que tiene toda madre;
 - 1 relacionada con la aplicación del Artículo 98 del Código de Trabajo, que se refiere a la forma de calcular las prestaciones por maternidad;

²¹⁵ 5. Diccionario jurídico, *LexJuridica*, <http://www.lexjuridica.com/diccionario.php>.



- 1 relacionada con el Art. 100 del CT, que se refiere al deber de acondicionar el establecimiento para que las madres amamanten a sus hijos;
 - 5 relacionada con el Art. 618 del CT que consagra el prohibición discriminar.
- En El Salvador la Sala de lo Civil cuenta con un sitio web (<http://www.csj.gob.sv/civil/sentencia.html>) en el cual se pueden consultar sentencias en materia laboral, sin embargo, estas no están clasificadas por el tipo de reclamo, por lo que habría que revisar una por una para verificar si alguna de ellas corresponde a derechos laborales de mujeres. Asimismo, en el Centro de Documentación Judicial (<http://www.jurisprudencia.gob.sv/jindice.htm>) también se encuentran sentencias en materia laboral de casación que van de 1995 a 2009, sin embargo, estas resoluciones tampoco están clasificadas por el tipo de reclamo, por lo cual no se puede saber de primera mano cuántas de ellas se relacionan a derechos laborales de las mujeres.
- En **Guatemala**, el Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial, (CENADOJ) difunde información legislativa y jurisprudencial, sin embargo no tiene servicio en línea.
- Aparentemente, **Nicaragua, Honduras, Panamá y República Dominicana**, no cuentan con bases de datos de jurisprudencia que puedan ser consultadas por Internet.
- No obstante, para **República Dominicana**, el estudio del Proyecto Cumple y Gana²¹⁶ cita algunas sentencias relevantes, que constituyen un importante punto de partida, pues en apariencia se trata de sentencias paradigmáticas (véase Anexo 2).

Paso N° 2. Revisión de boletines judiciales, gacetas u otros. En muchos países las sentencias son publicadas en algún medio oficial de comunicación. Es importante realizar una búsqueda en estos medios.

Paso N° 3. Revisión de proyectos y estudios especializados. Existen algunos proyectos y estudios regionales sobre derechos laborales de fechas recientes, que ofrecen información importante para la recopilación de jurisprudencia:

- En primer lugar, hay que citar el Proyecto de cooperación técnica de la OIT: “Verificación del cumplimiento de las recomendaciones del Libro Blanco” (conocido como “Proyecto Verificación”), el cual se ejecuta en Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y República Dominicana. Su objetivo general es contribuir a los esfuerzos en curso en estos países para desarrollar capacidades institucionales relacionadas con la implementación de la legislación laboral y la creación de una cultura de cumplimiento de las normas laborales nacionales e internacionales. Semestralmente se publica un informe por país acerca de los avances en el cumplimiento de las propuestas del Libro Blanco, que da cuenta –entre otros aspectos- de lo realizado en áreas como: el fortalecimiento de los Ministerios de Trabajo, el fortalecimiento del sistema judicial sobre derecho laboral y la eliminación de la discriminación por género. Los últimos informes se pueden consultar en los siguientes vínculos:
- Costa Rica: http://verificacion.oit.or.cr/images/pdf/ivirlb_cr209.pdf
 - El Salvador: http://verificacion.oit.or.cr/images/pdf/ivirlb_es209.pdf
 - Guatemala: http://verificacion.oit.or.cr/images/pdf/ivirlb_gu209.pdf
 - Honduras: http://portal.oit.or.cr/dmdocuments/verificacion/ivirlb_hon209.pdf
 - Nicaragua: http://verificacion.oit.or.cr/images/pdf/ivirlb_ni209.pdf
 - República Dominicana: http://verificacion.oit.or.cr/images/pdf/ivirlb_rd209.pdf

216. Proyecto Cumple y Gana: *Roles en tensión: madres y trabajadoras en las zonas francas dominicanas*, FUNPADEM, San José, 2007.

En estos informes se encontrarán estadísticas y otra información útil para guiar la búsqueda de jurisprudencia (por ejemplo, el tipo de casos resueltos en sede administrativa). En cada país se cuenta con una persona que se desempeña como facilitadora del proyecto, la cual es un punto de contacto importante.

- Proyecto Cumple y Gana – Fortalecimiento de los derechos laborales en Centroamérica, Panamá y República Dominicana, que lleva adelante FUNPADEM, fundación con sede en San José, Costa Rica. En el marco de este proyecto se realizaron estudios sobre los derechos laborales de las mujeres, particularmente en las maquilas y en las zonas francas. En algunos de estos estudios se citan sentencias importantes (particularmente en República Dominicana). Los documentos se pueden consultar en los siguientes vínculos:
 - Estudio regional: http://www.funpadem.org/descargar_publicacion.php?q=33
 - El Salvador: http://www.funpadem.org/descargar_publicacion.php?q=38
 - Guatemala: http://www.funpadem.org/descargar_publicacion.php?q=41
 - Honduras: http://www.funpadem.org/descargar_publicacion.php?q=43
 - Nicaragua: http://www.funpadem.org/descargar_publicacion.php?q=46
 - República Dominicana: http://www.funpadem.org/descargar_publicacion.php?q=49
- Derechos laborales de las mujeres. Un análisis comparado para América Central y Panamá. Este estudio, realizado en el año 2001 por OIT e ILANUD, además de realizar un significativo aporte al análisis de los derechos laborales de las mujeres, contiene algunas sentencias paradigmáticas que vale la pena tener presente. El estudio se puede bajar del siguiente vínculo: http://portal.oit.or.cr/index.php?option=com_staticxt&staticfile=genero/genero_derecho_laboral_centroamerica.pdf
- Estudio regional acerca del marco legal en derecho laboral y el estado actual de los derechos laborales, realizado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) en el 2009. En este documento se sistematizan los informes nacionales realizados en todos los países (con excepción de Panamá). Además de otra información importante, también se citan algunas sentencias. El documento no está disponible en Internet.
- Estudios nacionales. Cada país cuenta con algún estudio nacional como, por ejemplo, el auspiciado por el IIDH (realizado en diversas fechas) que vale la pena buscar en bibliotecas especializadas. Estos estudios pueden ayudar en la búsqueda de resoluciones clave.

Paso 4. Consulta a informantes clave. Entre los cuales están las personas facilitadoras del proyecto verificación, académicos, ONG, jueces y juezas, etc. Para el caso de algunos países, puede ser de gran relevancia la entrevista a las Defensoría o Procuradurías de las Mujeres. Por ejemplo, en Costa Rica, la Defensoría de la Mujer de la Defensoría de los Habitantes ha anunciado que presentará una serie de reformas al Código de Trabajo para garantizar los derechos laborales de las mujeres.

Paso 5. Visitas a los juzgados, tribunales y Ministerios de Trabajo. Este es el punto culminante del proceso, pues en estas visitas se recogerá la jurisprudencia.



2. RESOLUCIONES A RECOPIRAR

Interesa recopilar la jurisprudencia sobre derechos laborales de las mujeres. Los temas específicos son los siguientes:

- Discriminación. Todos los países cuentan con una norma, en su Constitución o en su legislación laboral (con excepción de Panamá), que prohíbe la discriminación por razón de sexo. Se debe recopilar las sentencias que hayan resuelto casos de discriminación, aplicando la norma correspondiente o que haya sido invocada por las partes. La no existencia de sentencias que invoquen esta normativa, también es información importante que debe consignarse.
- Acoso sexual laboral. Pocos países cuentan con legislación y procedimientos relacionados directamente con el acoso sexual laboral, algunos inclusive lo remiten a la vía penal, con lo cual se complejiza la situación. Por ello, será preciso indagar, previamente, sobre la existencia de casos en sede administrativa o judicial, ya sea mediante la consulta de índices o realizando entrevistas, para poder guiar la búsqueda.
- Derechos reproductivos. En este amplio grupo se incluye: pruebas de embarazo, licencia por embarazo, período de lactancia, estabilidad laboral o fueros especiales.

Cualquier otro relevante para los derechos laborales de las mujeres, que no haya sido incluido en los puntos anteriores.

3. CUADRO RESUMEN DE LAS RESOLUCIONES

Las resoluciones que se recopilen deberán copiarse y entregarse a la consultora regional en formato digital (preferiblemente) o impresa, en caso de que no sea posible copiarlas digitalmente. A las copias (digitales o impresas) de las sentencias debe acompañarse un cuadro como el siguiente:

Reclamo ¹	Datos de identificación de la resolución ²			Despacho ³	Clase de asunto ⁴	Comentario ⁵
	Fecha	Número	Expediente			
Discriminación por género antes, durante o después de la contratación						
Acoso sexual laboral						
Protección al proceso reproductivo						
Solicitud de pruebas de embarazo						
Licencia por embarazo						
Período para lactancia						
Estabilidad laboral de la trabajadora embarazada						
Otro relevante para los derechos laborales de las mujeres						

¹ **Reclamo.** Hace referencia a la demanda o denuncia que origina el proceso laboral judicial o administrativo. En el cuadro se citan algunos ejemplos generales, sin embargo en cada país se debe revisar la normativa laboral nacional para determinar las especificidades nacionales. Por ejemplo el reclamo por “discriminación”, puede darse por alguna situación violatoria de derechos que se haya presentado antes de la contratación (por ejemplo, que se haya denegado un trabajo a una mujer por el hecho de serlo), durante la contratación (por ejemplo, algún beneficio que no se otorgue a la mujer por ser mujer: ascensos, tipo de salario, etc.) o después de la contratación (liquidación de derechos, seguridad social, etc.).

² **Datos de identificación de la resolución,** que incluye fecha, número, expediente y cualquier otro dato importante, observando las reglas nacionales para la cita de sentencias. Por ejemplo, en Costa Rica la manera formal de citar una sentencia es la siguiente: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 2008-18603 de las 8:53 horas del 19 de diciembre del 2008, en forma abreviada se puede citar así: Sala Constitucional N° 2008-18603, no obstante se debe indicar que se trata de la forma abreviada (para efectos de la tabla, por ejemplo) y consignar cuál es la forma completa.

³ **Despacho.** Se refiere al órgano jurisdiccional o administrativo que emite la resolución. En el caso de ser un órgano jurisdiccional debe especificarse si se trata de un juzgado (laboral, mixto, etc.), tribunal, casación o similar y su ámbito geográfico de competencia, etc. Si es un órgano administrativo, p.e. Ministerio de Trabajo, se debe detallar la oficina que emitió la resolución: Inspección de Trabajo, Oficina de conciliaciones, etc.

⁴ **Clase de asunto.** En sede judicial podría ser: proceso ordinario laboral, recurso de amparo, recurso de inconstitucionalidad, conflicto de competencia, cualquier otro relevante a nivel nacional. En sede administrativa podría ser: conciliación, denuncia, solicitud de asesoría, pronunciamiento emitido por alguna consulta, o cualquier otra relevante a nivel nacional. Es importante enfatizar que se debe procurar recopilar toda la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo (amparos, inconstitucionalidades, conflictos de competencia, etc.) y una muestra de los procesos ordinarios. Esta muestra dependerá del número de sentencias que exista en el país (véase el siguiente punto).

⁵ **Comentario.** Se trata de las observaciones de la/el consultor/a. Es importante que en ese espacio anote alguna particularidad relevante para la comprensión de las resoluciones recopiladas, por ejemplo, si se trata de una sentencia paradigmática, o cualquier otro detalle.

4. TAMAÑO Y CARACTERÍSTICAS DE LA MUESTRA

Como ya se ha señalado, en cada país se recolectará un grupo de resoluciones judiciales y administrativas relacionadas con los derechos laborales de las mujeres, a modo de muestra. Es difícil determinar a priori el número de resoluciones que podrían integrar esta muestra, pues depende de la facilidad/dificultad que se encuentre en cada país. Un primer criterio, sin embargo, es tratar de incluir todas las sentencias emanadas del Tribunal Supremo (amparos, inconstitucionalidades, conflicto de competencias, etc.), partiendo del supuesto de que no son muchas numéricamente y de su carácter vinculante.

En cuanto a los procesos ordinarios y los casos administrativos, los informes del proyecto Verificación contienen estadísticas recientes, pero generalmente son datos globales sin clasificar por el tipo de reclamo, por lo que no se cuenta con una idea exacta del número de casos en cada país. Por ejemplo, en Costa Rica hay más de 100 resoluciones judiciales relacionadas con la estabilidad laboral de la mujer trabajadora embarazada, dictadas por Tribunales Superiores laborales (segunda instancia) y por la Sala Segunda (casación laboral) en procesos ordinarios, por lo que habrá que hacer una selección de aquellas que son más importantes y desechar las otras. Algunos criterios son los siguientes:



- Novedad en el tratamiento de un tema
- Reiteración de un criterio específico que lleva a pensar en una “línea jurisprudencial”
- Cualquier otro relevante a nivel nacional.

Otro criterio importante es el geográfico, sin duda que se debe recopilar la jurisprudencia de la capital y normalmente las oficinas principales del Ministerio de Trabajo están en la capital. No obstante, de ser posible es deseable indagar en otras ciudades (por ejemplo, de zonas francas o de maquila u otro sector de la economía en que se emplean muchas mujeres) y en oficinas regionales del Ministerio de Trabajo.

Nuevamente, es importante recurrir a las investigaciones ya realizadas (citadas anteriormente) que contienen datos que pueden ser utilizados como diagnósticos nacionales para guiar la búsqueda de jurisprudencia.

5. RESPONSABILIDADES DEL EQUIPO DE COLABORADORES/AS²¹⁷

- La consultora regional suscribirá un contrato individual con cada uno de los integrantes del equipo de colaboradores/as nacionales. Una vez firmado el contrato, el/la consultor/a recopilará la jurisprudencia en el tiempo establecido previamente, basándose en los lineamientos de esta guía, que forma parte del contrato.
- Entregará la información recopilada conjuntamente con la tabla del punto anterior.
- Estará disponible para ampliar, aclarar, explicar cualquier asunto relacionado con la recopilación de la jurisprudencia o con aspectos de la legislación nacional (tanto sustantiva como adjetiva) a solicitud de la consultora regional.

6. EL ANÁLISIS COMPARADO DE JURISPRUDENCIA

1. El estado de la legislación. Partiendo de los objetivos de la presente investigación, el análisis comparado de la jurisprudencia iniciará con un recuento de la legislación relacionada con los derechos laborales de las mujeres. En ese sentido, se hará énfasis en los avances a partir de la ratificación de los instrumentos de derecho internacional, resaltando las reformas a los Códigos de Trabajo y la promulgación de algunas leyes específicas (por ejemplo, Ley de dignificación y promoción integral de la mujer en Guatemala, leyes de promoción de la lactancia materna de Nicaragua y Costa Rica, Ley contra el hostigamiento sexual en el empleo y la docencia de Costa Rica, etc.). Asimismo, también se resaltarán la persistencia de leyes y disposiciones discriminatorias.
2. Diagnóstico sobre la situación de las mujeres trabajadoras. Utilizando información contenida en otras investigaciones, se hará un breve recuento sobre la tasa de participación femenina en los mercados laborales, características, principales ocupaciones, niveles de desempleo y subempleo, colectivos particulares que se incorporan al mercado laboral en condiciones desfavorables o que no se logran incorporar del todo (trabajadoras domésticas, sector informal, etc.). Esta información permitirá contextualizar la situación de las mujeres trabajadoras, con el fin de tener un marco de referencia para el análisis comparado de la jurisprudencia. También se analizarán algunas observaciones relevantes de los Comités Monitores de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (en particular Comité de Derechos Humanos, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comité de los Derechos del Niño, Examen Periódico Universal) y de la recomendaciones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT.

217. El equipo de colaboradoras estuvo integrado por: Panamá: Aleyda Batista; República Dominicana: Latife Domínguez; El Salvador: Silvia Juárez; Nicaragua: Adriana Palacios; Honduras: Karla Cueva; Guatemala: Ana María Monzón; Costa Rica: Paula Antezana; coordinación general: Paula Antezana.

3. Hallazgos sobre las líneas jurisprudenciales encontradas. En esta parte se concentrará el análisis comparado de la jurisprudencia en sentido estricto, la cual estará dividida por temas. También se citará y analizará, la doctrina jurisprudencial (en particular la constitucional y laboral) de otros países (por ejemplo Argentina, Colombia, Chile, España), de los comités monitores de derechos de Naciones Unidas y de la CEACR. Los temas preliminares son los siguientes:

- a.** Acceso de las mujeres a la justicia laboral
 - i. En la vía administrativa
 - ii. En la vía judicial
- b.** Discriminación por género antes, durante o después de la contratación
 - i. Disposiciones proteccionistas
 - ii. Pruebas de embarazo
 - iii. Otras formas de discriminación
- c.** Acoso sexual laboral
- d.** Protección al proceso reproductivo
 - i. Estabilidad laboral de la trabajadora embarazada
 - ii. Licencia por embarazo
 - iii. Período para la lactancia
 - iv. El cuidado de hijos e hijas
- e.** Situaciones específicas de ciertos colectivos
 - i. Trabajadoras domésticas
 - ii. Trabajadoras de las maquilas y zonas francas
 - iii. Trabajadoras migrantes
 - iv. Trabajadoras indígenas y afrodescendientes
 - v. Trabajadoras con discapacidades





Organización
Internacional
del Trabajo

Proyecto Verificación de la Implementación de las
Recomendaciones del Libro Blanco
Equipo Técnico de Trabajo Decente de la OIT para
América Central, Haití, Panamá y República Dominicana
www.oit.or.cr/verificacion

Con el auspicio del Departamento de Trabajo de los Estados Unidos.

