

El principio de igualdad en materia laboral: un abordaje desde la perspectiva de género como principio general del derecho

Melissa Benavides Viquez (*)
Frank Harbottle Quirós (*)

RESUMEN

Este artículo presenta, en un primer apartado, algunas nociones generales sobre el principio de igualdad. Posteriormente, se estudia este principio, concretamente, en relación con la materia laboral. Luego, se procede a abordar la discriminación de la mujer por razón de género en esta materia. Seguidamente, se realizan una serie de reflexiones sobre la perspectiva de género y se concluye que esta podría conceptualizarse como un principio general del derecho. Finalmente, se exponen las conclusiones de este trabajo.

INTRODUCCIÓN

El principio de igualdad es uno de los principios más estudiados y desarrollados en la disciplina jurídica. La igualdad es el punto de partida para medir cualquier equilibrio en las relaciones sociales, democráticas y el verdadero acceso a la justicia de quienes habitan un país. El cuestionamiento sobre cómo estudiar la igualdad y si es un concepto inclusivo, nos lleva a la necesidad de un análisis partiendo desde quienes se han quedado atrás.

En la primera parte del artículo se analizan las nociones generales sobre el principio de igualdad como un pilar supremo de los Estados democráticos modernos y reconocido en distintos textos nacionales e internacionales. En la segunda parte se desarrollará este principio en relación con el derecho laboral,

visto desde los instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo y su relación con la discriminación. Posteriormente, se desarrolla, en un tercer apartado, la situación de la mujer respecto a la discriminación por razón de su género.

El desarrollo teórico expuesto anteriormente conlleva a plantear una serie de reflexiones respecto si la historia ha visibilizado también la experiencia femenina y si esto ha conllevado a un quehacer jurídico incompleto, por lo que se propone la perspectiva de género como un Principio General del Derecho, que basado en los estudios de género como disciplina teórica, permitirá resignificar el pasado para mejorar el futuro, incorporando verdaderamente la igualdad en los términos necesarios para hacer derecho pero también para hacer justicia.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

El principio de igualdad es uno de los pilares de los Estados democráticos.

El reconocimiento de la igualdad como valor superior en una sociedad democrática está presente en toda la historia del constitucionalismo, formando parte incluso del lema de algunos de los Grandes Estados actuales, desde la Revolución francesa de 1789 hasta nuestros días, y poniendo de manifiesto la necesidad de que una sociedad garantice a sus miembros un trato justo basado en la ausencia de discriminaciones irrazonables y arbitrarias.¹

(*) Máster en Derecho y Economía de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Jueza de Familia. Actual Coordinadora de la Unidad de Acceso a la Justicia del Poder Judicial.

(*) Doctorando en Derecho, Universidad Estatal a Distancia. Posgrado en Control de Constitucionalidad y Convencionalidad, Universidad de Buenos Aires, Argentina. Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica y Profesor de la Facultad de Derecho de esa misma Universidad.

1. Pérez Pérez, Jorge. "Contratación Laboral de Personas con Discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva", Navarra, Thomson Reuters, 2015, p. 29.

Según lo expone Lousada², la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776) comienza afirmando “consideramos verdades evidentes en sí mismas que todos los hombres han sido creados iguales”. Y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) afirma, en su artículo 1, que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”. Tanto la Revolución americana como la Revolución francesa situaron, por primera vez en la Historia de la Humanidad, a la igualdad como principio fundamental del ordenamiento jurídico, en contraposición al Antiguo Régimen donde cada sujeto pertenecía a un estamento con estatutos propios y fueron especiales.

El principio de igualdad se encuentra consagrado en diversos cuerpos normativos, de rango supra legal, debidamente ratificados por Costa Rica. Así, está previsto en los artículos 7, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 24, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 26, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, en el numeral 3, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El artículo 33 de la Constitución Política de Costa Rica regula el principio de igualdad, cuyo numeral dispone: *“ Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana ”*. En lo que respecta a la igualdad, la Sala Constitucional ha indicado que este principio implica que todas las personas tienen derecho a ser sometidos a las mismas normas y obtener el mismo trato (igualdad en la ley y ante la ley); de modo tal que no se pueden establecer diferencias de trato que no estén fundamentadas en condiciones objetivas y relevantes de desigualdad, o que no sean necesarias, razonables o proporcionales a la finalidad que se persigue al establecer la diferencia de trato. Asu vez, la igualdad es una obligación constitucionalmente impuesta a los poderes públicos, la cual consiste en tratar de igual forma a los que se encuentren en iguales condiciones de hecho, constituyéndose, al mismo tiempo, en un límite a la actuación del poder público.³

La igualdad presenta estrecha relación con dos conceptos básicos que suelen confundirse al hablar

de la igualdad ante la Ley: la discriminación y la diferenciación. El principio de igualdad prohíbe hacer diferencias entre dos o más personas que se encuentren en una misma situación jurídica o en condiciones idénticas, sin que pueda pretenderse un trato igual cuando las condiciones o circunstancias son desiguales. Se admite, en consecuencia y en tesis de principio, un trato igual a situaciones iguales y se posibilita un trato diferente a situaciones y categorías personales diferentes sin que dicha desigualdad implique por sí misma discriminación.

Esto lo ha explicado en diversas oportunidades la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, al señalar que el principio de igualdad busca que todas las personas deban ser tratadas igual por el Estado en cuanto a lo que sea esencialmente igual en ellas; de otro lado, pueden ser tratadas desigualmente en todo aquello en que sean sustancialmente distintas.⁴

La discriminación puede presentar diversas formas. Las directas suponen tratamientos desfavorables sufridos por una persona respecto de otra que se halla en una situación comparable, de modo que, mediante la aplicación de criterios, jurídicos es fácilmente constatable la existencia de discriminación. En estos casos, la apreciación de la discriminación resulta directamente de la aplicación comparativa de criterios de identidad, de modo que objetivamente resulta un trato desigual que no tiene base objetiva y razonable y que está fundado en la presencia de circunstancias o condiciones personales o sociales. Se trata, en definitiva, de supuestos en los que se trata a una persona, que se halla en una situación comparable a la de otra persona de forma menos favorable por reunir alguna de las características previstas en la normativa como susceptibles de discriminación prohibida. Por su parte, las discriminaciones indirectas, entendidas como aquellas situaciones en la que una disposición, un criterio o una práctica aparentemente neutros, ponen a determinadas personas en situación de desventaja particular respecto a otras personas que se encuentran en la misma situación, siempre que no se puede justificar de forma objetiva que tales diferencias responden a la finalidad legítima y que los medios

2. Lousada Arochena, José Fernando. “El Derecho Fundamental a la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. Fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 27.
3. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencias 2012-012737, de las 09:05 horas, del 14 de setiembre de 2012 y 2005-07228 de las 14:58 horas, del 9 de junio de 2005).
4. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia 2006-00019, de las 09:35 horas, del 27 de enero de 2006.

para alcanzar dicha finalidad fueran necesarios y adecuados.⁵

Pese a que la discriminación está prohibida, es posible que el poder público pueda otorgar tratamientos diferenciados a situaciones distintas, siempre y cuando se funde en una base objetiva, razonable y proporcionada. Resulta legítima una diferenciación de trato cuando exista una desigualdad en los supuestos de hecho, lo que haría que el principio de igualdad sólo se viole cuando se trate desigualmente a los iguales.⁶

Hasta ahora, se ha presentado un panorama general sobre el principio de igualdad. De seguido se procede con su estudio, concretamente, en lo que respecta a la materia laboral.

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN MATERIA LABORAL

De acuerdo con Montalvo⁷, el Derecho del Trabajo busca alcanzar igualdad entre los trabajadores en función del trato, las oportunidades y el pago por el desempeño de su trabajo subordinado.

Desde que en 1919 se fundó la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la cuestión de la observancia de la igualdad de oportunidades y de trato ha sido uno de los objetivos fundamentales de esta organización. Los primeros instrumentos internacionales vinculantes que fueron adoptados con el objetivo específico de promover la igualdad y eliminar la discriminación fueron el Convenio sobre igualdad de remuneración (número 100) en 1951 y, posteriormente, en 1958, el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación, número 111) que ampara a todos los trabajadores y prohíbe la discriminación de siete tipos: raza, color, sexo, religión, ascendencia nacional, opinión política y origen social.⁸

El Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100)⁹, en su artículo 1 inciso b) refiere que la

expresión igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina debe entenderse que por un trabajo de igual valor designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo, ante lo cual, el numeral 2 dispone que todo Estado 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.¹⁰

A su vez, el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)¹¹, en el ordinal 1 establece:

- “1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:
(a) 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;
(b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.*
- 2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.*
- 3. A los efectos de este Convenio, los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a*

5. Pérez Pérez, Jorge, op. cit., pp. 46-47.

6. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia 2012-012737, de las 09:05 horas, del 14 de setiembre de 2012.

7. Montalvo Romero, Josefa. “Igualdad laboral y no discriminación en el contexto mexicano”. Anuario Jurídico y Económico Escurialense, núm. XL, 2007, pp. 229-242. Documento disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2267925.pdf>

8. Ibídem, p. 235.

9. Ratificado por Costa Rica el 2 de junio de 1960.

10. Organización Internacional del Trabajo. Convenio sobre igualdad de remuneración, N° 100, 1951. Documento disponible de http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C100

11. Ratificado por Costa Rica el 1 de marzo de 1962.

los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo".¹²

En 1975 se produjo un cambio importante de enfoque en las actividades normativas de la OIT, que pasaron de la protección especial a la promoción de la igualdad, cuando la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó la declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras.

En la sesión 83 de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1996, se establece en el punto 19 que el Convenio 111 no contiene disposiciones que limiten su ámbito de aplicación personal o profesional, admitiéndose la posibilidad de ampliar su protección a discriminaciones basadas en otros criterios.¹³

Por su parte, se tiene que la eliminación de la discriminación ha sido reafirmada como principio inherente a toda política de la OIT, a través de la adopción en 1998 de la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento. La declaración proclama que los derechos fundamentales de los trabajadores se definen claramente en cuatro principios, y especialmente el de la eliminación de toda forma de discriminación en el trabajo, que son tan esenciales al mandato de la OIT que la adhesión a la organización de un Estado crea en sí una obligación de promover estos derechos, independientemente de que el Estado haya ratificado o no los convenios fundamentales que enuncian estos derechos. La declaración hace referencia a los Convenios número 100 y 111, que son los fundamentales en la cuestión de la no discriminación.¹⁴ La mencionada Declaración fue adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión, Ginebra, 18 de junio de 1998, indicándose, en el punto 2, 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, entre ellos, la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.¹⁵

A nivel laboral, se dice que 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 las personas mayores de una edad determinada, o la imposición por los departamentos de recursos humanos 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. 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. Así, por ejemplo, la organización de cursos de formación fuera de las horas de trabajo, durante los fines de semana o en horas tardías puede traducirse en la exclusión de aquellos trabajadores que pudieran interesarse en asistir, pero que no podrán hacerlo por deber atender sus responsabilidades familiares, exclusión que comprometerá sus perspectivas de carrera¹⁶.

Como se adelantó, el Convenio 111 de la OIT prohíbe la discriminación de siete tipos: raza, color, sexo, religión, ascendencia nacional, opinión política y origen social, siendo que, en la sesión 83 de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1996, se admitió la posibilidad de ampliar su protección a discriminaciones basadas en otros criterios.

Siguiendo a Montero¹⁷, debe tenerse presente que los convenios debidamente ratificados dentro del país

12. Organización Internacional del Trabajo (1958). Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, N° 111. Documento disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111

13. Organización Internacional del Trabajo. "Igualdad en el Empleo y la Ocupación", Ginebra, OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, sesión 83, 1996. p. 11.

14. Montalvo Romero, Josefa, op. cit., p. 236.

15. Organización Internacional del Trabajo. "Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998)", Ginebra, OIT, Segunda edición con anexo revisado, 2010, p. 7. Documento disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_norm/-declaration/documents/publication/wcms_467655.pdf

16. Organización Internacional del Trabajo. "Igualdad de género y no discriminación en la gestión del empleo. Guía para la acción", San José, OIT, 2007, p. 9. Documento disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-americas/-ro-lima/-sro-san_jose/documents/publication/wcms_326274.pdf

17. Montero Morales, Ana Patricia. "Valor Jurídico de los Instrumentos de la OIT en el Ordenamiento Costarricense". Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, núm. 13, 2016, p. 46. Documento disponible en: <https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/valorjuridico.pdf>

son de obligatoria aplicación, al pasar a formar parte del ordenamiento jurídico. En el seno de la OIT se les conoce como convenios, pero no son otra cosa que tratados de derecho internacional que abarcan temas laborales. Los convenios emitidos por la OIT y ratificados por el país tienen carácter vinculante para los operadores jurídicos nacionales. Se ubican a nivel supralegal, constitucional o incluso, supraconstitucional según la materia que regulen.

Las consideraciones expuestas sobre el principio de igualdad en materia laboral nos conducen, ahora, al estudio de la discriminación de género en materia laboral.

LA DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO EN MATERIA LABORAL

El siglo XIX tiene trascendencia en lo relativo al trabajo de las mujeres a nivel mundial, tomando en cuenta el sistema patriarcal imperante.

Se dice que las Factory Acts inglesas fueron las primeras en establecer prohibiciones de trabajo femenino –la de 1842 el trabajo en el interior de las minas y la de 1850 el trabajo nocturno– y limitaciones de jornada –la de 1844 y la de 1847 limitaron la jornada de trabajo de mujeres y menores–. Poco a poco se extendieron a los demás países europeos industrializados. Así, la prohibición de trabajo nocturno se implantó en 1891 en Alemania y en 1892 en Francia. En Alemania existían, a finales del Siglo XX, numerosas prohibiciones en trabajos industriales varios. Y los descansos por parto se comenzaron a implantar, desde 1864, en Suiza y, desde 1878, en Alemania, mejorándose progresivamente su duración y condiciones.¹⁸

Curiosamente, como bien lo apunta Lousada¹⁹, detrás de las normas proteccionistas se encontraban los estereotipos socioculturales asociados a las mujeres. Así la prohibición del trabajo en el interior de las minas obedecía a su dureza, la prohibición del trabajo nocturno obedecía al riesgo de agresión sexual, prostitución o adulterio, y las prohibiciones en trabajos industriales solían obedecer a la preservación de la fertilidad. De este modo, la normativa laboral paternalista fomentaba

el rol tradicional de madre y cuidadora de la familia de la mujer frente al de trabajadora –efecto retorno al hogar–; imponía un modelo de conducta a las mujeres con la apariencia de ser algo beneficioso –efecto encierro en jaula de oro–, expulsaba a las mujeres de las industrias mejor remuneradas, confinándolas en trabajos, normalmente secundarios, sin o con menos protecciones (efecto segregación), y retraía a los empresarios en la contratación laboral de mujeres sobreprotegidas (efecto boomerang).

Ante este panorama, el siglo XX llega a adquirir enorme relevancia. El mantenimiento de la discriminación contra las mujeres en todo el mundo hizo necesaria acciones específicas, como el Convenio 100 de la OIT (1951), con el cual se procura garantizar y promover el principio de la igualdad de remuneración del salario entre hombres y mujeres cuando realizan un trabajo de equivalente valor.

Como lo señala la misma OIT, la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor es una cuestión de derechos humanos, porque si el trabajo de una mujer se valora menos solamente porque es una mujer, su dignidad individual se ve lesionada. También es una cuestión de desarrollo económico, ya que promover un trato igual equivale a promover el potencial productivo de la nación. Finalmente, es una cuestión de recursos humanos, porque incrementar los salarios de los trabajos infravalorados puede resultar más rentable por incrementar la productividad y reducir la rotación de personal²⁰.

Interesa destacar otro instrumento internacional de carácter general como lo es la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1967), la cual, si bien carece de eficacia jurídica vinculante, supuso la decidida inclusión en la agenda internacional de la discriminación contra las mujeres.

En 1979, se aprueba el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, texto que posee amplitud de la definición de discriminación contra la mujer, considerando no discriminatorias las acciones positivas y la protección de la maternidad.²¹

18. Lousada Arochena, José Fernando, op. cit., p. 37.

19. *Ibidem*, p. 38.

20. Organización Internacional del Trabajo. Promoviendo la igualdad de género. Convenios de la OIT y los derechos laborales. Santiago, OIT, 2006, p. 11. Documento disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-santiago/documents/publication/wcms_184031.pdf

21. Lousada Arochena, José Fernando, op. cit., p. 47.

Con la globalización económica, se ha dado una participación más activa en el ámbito laboral por parte de las mujeres, sin embargo, la mayor incorporación de ellas en el ámbito laboral no ha estado acompañada de la igualdad laboral o de la erradicación de discriminación laboral que las mujeres hoy en día reclaman. La OIT ha considerado que en el derecho laboral existen brechas en los derechos laborales de las mujeres en diversos países de Latinoamérica, en especial de América central. En los últimos años han existido en las reformas laborales un conjunto de nuevas leyes que tratan de garantizar un proceso de igualdad entre los géneros, pero todavía existen algunas legislaciones en América Latina con concepción proteccionista, que dificultan el propio desarrollo de las mujeres en el mundo del trabajo, estableciendo un importante déficit con relación a las condiciones de trabajo doméstico, del trabajo a domicilio, del trabajo agrícola, del trabajo en empresas maquiladoras, así como el problema de hostigamiento sexual en el trabajo.²²

En la actualidad se mantiene, en unos países más que en otros, la clásica división entre trabajo reproductivo y trabajo productivo. Ello se traduce en asignar a las mujeres el trabajo reproductivo (cuidar, realizar las tareas domésticas, educar, etc.) y los hombres se educan sobre todo para el trabajo productivo, cuyo fin principal es generar ingresos. Las mujeres que se quieren incorporar al mercado laboral tienen que resolver el trabajo reproductivo de sus hogares.²³

La discriminación de género atenta contra los principios y derechos fundamentales del trabajo, los derechos humanos y la justicia social. Debilita el crecimiento económico y el óptimo funcionamiento de las empresas y los mercados de trabajo.

El objetivo común de la OIT sobre política de igualdad de género busca responder a estos desafíos a

través del fortalecimiento de las capacidades de los gobiernos, las organizaciones de empleadores y los sindicatos para emprender acciones por la igualdad de género en el mundo del trabajo.²⁴

La Organización Internacional del Trabajo (2011, p. 21) es consciente de que las mujeres siguen siendo víctimas de la discriminación en casi todos los aspectos del empleo: desde los puestos de trabajo que pueden conseguir, la remuneración, las prestaciones y las condiciones de trabajo hasta su acceso a los cargos de toma de decisiones. Los estudios demuestran que, pese a las iniciativas legislativas y políticas que se adoptan, persisten las diferencias de remuneración, la segregación profesional y vertical, las dificultades para conciliar el trabajo y la vida familiar, y la desmesurada concentración de mujeres en empleos a tiempo parcial y de tipo informal y precario, todo ello sumado al acoso sexual y a la discriminación por razones de maternidad o de estado civil. En muchos casos, el acceso de las mujeres a determinados puestos de trabajo resulta limitado por la función reproductora que éstas tienen o por el hecho de que siguen siendo las principales responsables del cuidado de los niños y demás personas a su cargo. Ello no significa que no se haya progresado, pero sí pone de relieve el hecho de que las mujeres distan todavía mucho de lograr la igualdad con los hombres en el mercado de trabajo.²⁵

La discriminación de la mujer por razón de género en materia laboral es un fenómeno de escala mundial.²⁶

La persistencia de estereotipos y prejuicios en torno a las cualidades y capacidades de las mujeres conducen a situaciones laborales discriminatorias que limitan su contratación, sus salarios e incluso las prestaciones sociales; además, las responsabilidades familiares restringen su acceso al mercado y las oportunidades de capacitación.

22. Carrasco Fernández, Felipe. "Discriminación Laboral por motivos de Género", en Mendizábal, Gabriela, Sánchez, Alfredo y Kurczyn, Patricia (coords.). Condiciones de Trabajo y Seguridad Social, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, pp. 141 y 149. Documento disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3142/8.pdf>

23. Organización Internacional del Trabajo. Igualdad de género y no discriminación en la gestión del empleo. Guía para la acción. San José, OIT, 2014, p. 20. Documento disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-san_jose/documents/publication/wcms_326274.pdf

24. Organización Internacional del Trabajo, op. cit., 2006, p. 1.

25. Organización Internacional del Trabajo. La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse Informe del Director General 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, sesión 100. Ginebra, OIT, 2011, p. 21. Documento disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_166923.pdf

26. En Costa Rica, la Reforma Procesal Laboral, Ley N° 9343, del 25 de enero de 2016, vigente desde el 25 de julio del 2017, en el Título octavo titulado "Prohibición de Discriminar", regula en los artículos 404 a 410 la prohibición de discriminación en el trabajo por razones de edad, etnia, sexo, religión, raza, orientación sexual, estado civil, opinión política, ascendencia nacional, origen social, filiación, discapacidad, afiliación sindical, situación económica o cualquier otra forma análoga de discriminación. Se garantiza que todas las personas trabajadoras que desempeñen en iguales condiciones subjetivas y objetivas un trabajo igual deben gozar de los mismos derechos, en cuanto a jornada laboral y remuneración, sin discriminación alguna. También se establece que 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 la persona empleadora o que estén establecidos mediante ley o reglamento. Esta normativa es un avance importante. Los resultados de su implementación arrojarán resultados interesantes en los próximos años.

Ante este panorama, realizamos la propuesta teórica de proponer la perspectiva de género como un Principio General del Derecho con el fin de dar una alternativa que permitirá integrar la vivencia desde el punto de vista de las mujeres para la toma de decisiones jurídicas y para el quehacer jurídico en general.

LA PERSPECTIVA DE GÉNERO COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO

La doctrina jurídica tradicional ha sostenido que las leyes son neutrales y que tanto los hombres y las mujeres están en igualdad de condiciones frente al ordenamiento jurídico. Esta visión está muy relacionada con aspectos formales, técnicos, del proceso y de la Administración de Justicia. Los estudios de género, como movimiento intelectual han influido en todas las disciplinas y permiten una mirada de mayor alcance que desmitifica esta supuesta “neutralidad”.

Los Estados han adquirido obligaciones en materia de derechos humanos de las mujeres; se han suscrito instrumentos internacionales y se han logrado muchísimas acciones en procura de preservarlos; no obstante, aún persisten obstáculos para lograr una igualdad plena entre los hombres y las mujeres. Algunas razones para sustentar estas afirmaciones podrían ser:

1. El sesgo de lo masculino en el derecho: cuando la perspectiva masculina es la imperante, se tomará como parámetro de lo humano en general y la subordinación femenina resultará ser inevitable. Incluso, cuando se aplica a otros ámbitos como la sexualidad, la afectividad, la economía, la política, bajo esta dinámica se demuestra que este sesgo es sumamente profundo y complejo.

2. Que las leyes han sido aplicadas, diseñadas y elaboradas históricamente por hombres y, por consiguiente, responden a la cosmovisión masculina: muy relacionada con la idea de que las mujeres han sido excluidas de la toma de decisiones y evidencia las relaciones asimétricas de poder entre los hombres y las mujeres. Esto produce ordenamientos que no

aceptan más de una realidad, con ausencia absoluta de diversidad.

3. Los prejuicios sexistas que se encuentran relacionados con los estereotipos de género y se reproducen a través de las personas operadoras del derecho²⁷: una de las principales funciones del derecho es regular la convivencia en sociedad, dentro de parámetros de colaboración individual y colectiva. Es innegable que existen estereotipos relacionados a cada sexo que son aceptados culturalmente. Se asigna un “deber ser” para los hombres y otro para las mujeres; además que son entendidos como opuestos, tomándose como punto de partida lo construido y asignado al hombre para contraponerlo a la mujer.

Con el anterior fundamento, cabe preguntarse: ¿cuál sería el punto de partida para erradicar la desigualdad entre hombres y mujeres desde las normas? El derecho debe ser un instrumento que erradique todos los obstáculos que generen discriminación siendo integrador de nuevas formas de hacer, aplicar, diseñar e interpretar las normas jurídicas.

Líneas atrás se analizó el principio de igualdad a partir de sus generalidades y, de forma más concreta, en materia laboral, detallándose como este principio se ha aplicado en distintos cuerpos normativos y su relación con la discriminación en razón de género. No obstante, con base en lo expuesto y, reconociendo que las mujeres son un grupo históricamente discriminado, excluido e invisibilizado, planteamos la Perspectiva de Género como un Principio General del Derecho que coadyuvará a la creación de igualdad de las mujeres frente al ordenamiento jurídico.

I. Un concepto de perspectiva de género

Previo a exponer la Perspectiva de Género como Principio General del Derecho, se hará una breve explicación de algunas nociones básicas que permitirán comprender su fundamento teórico.

Los estudios de género han desarrollado tres conceptos clave: sexo, género y el género como categoría analítica.

27. Heim, Daniela. “Mujeres y Acceso a la Justicia: de la tradición formalista a un derecho no androcéntrico”, Buenos Aires, Editorial Didot, 2016, p 17.

El **sexo** es un hecho biológico, caracterizando -desde la biología- a los hombres y a las mujeres. Es un proceso complejo que abarca el sexo cromosómico, hormonal, anatómico y fisiológico. El **género** es más una definición de carácter histórico y social acerca de los roles, identidades y valores que son atribuidos a varones y mujeres e interiorizados mediante los procesos de socialización²⁸. Según lo expone Lamas, Joan W Scott planteó que el género es una forma primaria de relaciones significantes de poder. Fundamenta su premisa en cuatro elementos: **1)** los símbolos y los mitos culturalmente disponibles y sus representaciones múltiples (los arquetipos culturales de los dos sexos son la madre y el guerrero, con características de género como abnegación, ternura y pasividad, por un lado y, por el otro, agresividad, fuerza y violencia), **2)** Los conceptos normativos que manifiestan las interpretaciones de los símbolos y se expresan en doctrinas religiosas, educativas, científicas, legales y políticas para afirmar el significado de varón y mujer, masculino y femenino, **3)** Las instituciones y organizaciones sociales de las relaciones de género (el sistema de parentesco, la familia, el mercado de trabajo segregado por sexo, las instituciones educativas, la política) y **4)** La identidad tanto la individual como la colectiva²⁹.

El tercer concepto es el de **género como categoría de análisis**, también desarrollado por Scott. El género como una categoría en sí misma, permite descubrir la posición social de las mujeres en cada sociedad. En su artículo *“El género: una categoría útil para el análisis histórico”* plantea que los cambios en la organización de las relaciones sociales corresponden siempre a cambios en las representaciones del poder. El concepto de género estructura la percepción y la organización real y simbólica de la vida social, estableciendo distribuciones de poder concretadas en quien posee los recursos materiales y simbólicos o el acceso a los mismos. El género facilita un modo de descodificar el significado y de comprender las complejas conexiones entre varias formas de interacción humana.

El género legitima y construye las relaciones sociales, bajo esta premisa es posible entender de la reciprocidad género y sociedad y de las formas particulares y contextualmente específicas en que la política construye el género y el género construye política³⁰.

Explicado de manera -muy básica-, a partir de estos conceptos que no son los únicos, pero al menos de los más importantes, se construye un marco teórico que implica reconocer que las relaciones entre los géneros son también relaciones de poder e influyen en la política e inevitablemente en el entramado social y sus instituciones³¹, el derecho incluido. El género aporta una nueva manera para explicar viejos problemas que no debe entenderse como un añadido a lo ya conocido, por el contrario, el género como una categoría de y para el análisis obliga a reestructurar el conocimiento, enriqueciéndolo y renovándolo.

Ahora bien, el marco para plantear un nuevo Principio General del Derecho que permita al derecho ser una disciplina inclusiva, de relaciones sociales no jerarquizadas ni discriminatorias es la *“Perspectiva de Género que implica reconocer que una cosa es la diferencia sexual y otra cosa son las atribuciones, ideas, representaciones y prescripciones sociales que se construyen tomando como referencia esa diferencia sexual”*.³²

La perspectiva de género ofrece una concepción epistemológica que aplicada a las normas jurídicas permitirá erradicar los esquemas de desigualdad formal, material y estructural y permitirá deconstruir la forma en que se ha interpretado, construido y aplicado el derecho tradicionalmente.

II. La perspectiva de género como Principio General del Derecho

El derecho como disciplina del comportamiento humano, está ligado a criterios de justicia que son utilizados por personas juzgadoras, la función legislativa, por juristas y hasta por quienes crean doctrina como un

28. Gamboa, Susana. ¿Qué es la perspectiva de género y los estudios de género? Mujeres en red: El periódico feminista, 2008. Documento disponible en: http://www.mujeresenred.net/IMG/article_PDF/article_a1395.pdf

29. Lamas, Marta. “Género”, en Moreno, Hortensia y Alcántara, Eva (coords.). Conceptos clave en los estudios de género, Volumen 1, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016, p. 155-170.

30. Scott, Joan. “Género”, en Lamas, Marta (coord.). El género: La construcción cultural de la diferencia sexual. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013, p. 265-302.

31. Ibídem.

32. Lamas, Marta. La perspectiva de género, 2007. Documento disponible en: https://www.ses.unam.mx/curso2007/pdf/genero_perspectiva.pdf

juicio deontológico. Junto a este derecho manifestado en leyes o en prácticas sociales, existen un conjunto de reglas comunes, tanto de procedimiento como de fondo presentes en los principales sistemas jurídicos del mundo³³.

Lo que se pretende encontrar con los Principios Generales del Derecho es el fin u objetivo de una norma jurídica determinada, son considerados también como un axioma o como pauta para una conducta manifiestamente justa.

Los Principios Generales del Derecho son un marco que permiten llenar lagunas ante la ausencia de normas y orientan hacia su correcta aplicación. Tal y como se indicó anteriormente, los estudios de género han producido la Perspectiva de Género que abarca dimensiones históricas, sociales, políticas, culturales y jurídicas, por lo que es posible plantear que la Perspectiva de Género ofrece un marco interpretativo amplio e interdisciplinario capaz de dar contenido a las normas.

Resulta complejo lograr una enumeración de todas las funciones de los principios generales del derecho, no obstante, se hará una enumeración básica con Perspectiva de Género para demostrar su aptitud como un Principio General del Derecho:

1. Los Principios Generales del Derecho direccionan las normas: los Principios Generales son creencias básicas y reglas de observancia de conocimiento común que se asocian a la justicia. Esta observancia es transversalizada por la cultura, por su visión sobre las instituciones sociales, por los valores, etc. La Perspectiva de Género, plantea una forma de entender las relaciones humanas que toman en cuenta las visiones de los hombres y de las mujeres. La Perspectiva de Género es un prisma teórico-metodológico que se materializa en una forma de estudiar la realidad y de intervenir o actuar en ella.

2. Los Principios Generales del Derecho son un marco integrador: permiten llenar las lagunas del ordenamiento jurídico, orientan hacia una correcta adopción, interpretación y aplicación cuando exista ausencia normativa. La Perspectiva de Género tiene una visión inclusiva al incorporar al análisis otras condiciones como la clase, la etnia, la edad, la

condición social, la economía, las costumbres tomando en cuenta la visión de las mujeres. Esto resulta de medular importancia cuando se ha demostrado que las mujeres han sido borradas de todos los capítulos de la historia, de la toma de decisiones y han sido la parte débil de las relaciones de poder.

3. Los principios generales del derecho permiten la resolución de los conflictos que surgen entre las normas: ante un conflicto o incongruencia de normas la Perspectiva de Género nos recuerda que el derecho ha sido siempre androcéntrico, la práctica ancestral de analizar el mundo desde la óptica masculina construye un sujeto de referencia y pone en un lugar de privilegio a los hombres, reforzando los estereotipos ligados a lo masculino y lo femenino, tan perjudiciales en la sociedad. Desde la Perspectiva de Género es posible analizar si este choque o incongruencia se produce por esta construcción masculina y sus estereotipos, permitiendo aportar una solución con la visión integradora de ambos enfoques.

4. Los Principios Generales del Derecho constituyen principios interpretativos que se utilizan para aclarar el significado de las normas: los contenidos de las normas son dados según se percibe la realidad. La interpretación y aplicación de las normas están muy relacionadas con un deber ser del género y si en una sociedad existen asimetrías superlativas entre los hombres y las mujeres, el resultado no será otro que la reproducción de discriminación y desigualdad. La Perspectiva de Género permite observar y comprender cómo opera la discriminación para las mujeres que como se ha dicho previamente, han estado completamente invisibilizadas y excluidas de la toma de decisiones, procurando una estabilización de estos desbalances de poder.

En síntesis, la Perspectiva de Género cumple con amplitud las funciones de un Principio General del Derecho, ya que integra, direcciona, proporciona soluciones ante lagunas, antinomias e incongruencias y cuestiona la supuesta neutralidad de las normas, poniendo en evidencia que al derecho le ha faltado siempre una mitad, que el hombre (además de ser blanco, varón, heterosexual, adulto sin discapacidad y sin evidencia de vulnerabilidad alguna) ha sido el verdadero sujeto para quien la norma fue hecha y

33. Godio, Leopoldo. "Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional Público". Revista de la Facultad de Derecho de Montevideo, núm. 3, 2016. Documento disponible en: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2017/03/GODIO.pdf>

propone una forma de ver a las personas en sus contextos, necesidades y realizaciones.

Esta perspectiva, sin duda alguna, se torna relevante, entre otras áreas, en el Derecho Laboral.

CONCLUSIONES

El principio de igualdad es uno de los pilares de los Estados democráticos, siendo que se encuentra consagrado en diversos cuerpos normativos, de rango supra legal, debidamente ratificados por Costa Rica.

Este principio resulta aplicable en materia laboral. Claro ejemplo de ello lo constituyen los Convenios 100 y 111 de la Organización Internacional del Trabajo que datan de inicios de la segunda mitad del Siglo XX. La OIT tiene un papel activo, lo cual se ha visto reflejado en distintas conferencias donde se ha abordado el tema. La igualdad de oportunidades es la piedra angular de todo sistema de vida democrática que implica, entre otros factores, una ausencia total de discriminación política, social y económica en materia de empleo y ocupación.

La prohibición de discriminación se concreta en la prohibición de discriminaciones directas e indirectas y en el mandato de acciones positivas.

Para promover la igualdad en la gestión del empleo no basta con creer que no se discrimina intencionalmente, es necesario establecer medidas y acciones concretas que aseguren que se contribuye a reducir estas brechas, y mecanismos adecuados para medirlo, monitorearlo y mejorarlo.

La perspectiva de género implica también la revisión de las capacidades de las instituciones existentes y sus mecanismos de acción afirmativa para lograr la igualdad entre mujeres y hombres. Es fundamental reconocer que las mujeres y los hombres tienen condiciones de vida, necesidades e intereses diferentes según el contexto cultural, económico, político, ideológico y ambiental en que se desarrollan y que las políticas no son “neutras” en cuestiones de género.³⁴

BIBLIOGRAFÍA

- CARRASCOFERNÁNDEZ, Felipe. “Discriminación Laboral por motivos de Género”, en Mendizábal, Gabriela, Sánchez, Alfredo y Kurczyn, Patricia (coords.). *Condiciones de Trabajo y Seguridad Social*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012. Documento disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3142/8.pdf>
- GAMBOA, Susana. ¿Qué es la perspectiva de género y los estudios de género? *Mujeres en red: El periódico feminista*, 2008. Documento disponible en: http://www.mujeresenred.net/IMG/article_PDF/article_a1395.pdf
- GODIO, LEOPOLDO. “Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional Público”. *Revista de la Facultad de Derecho de Montevideo*, núm. 3, 2016. Documento disponible en: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2017/03/GODIO.pdf>
- HEIM, Daniela. “Mujeres y Acceso a la Justicia: de la tradición formalista a un derecho no androcéntrico”, Buenos Aires, Editorial Didot, 2016.
- INSTITUTO NACIONAL DE LAS MUJERES. *Política Nacional para la Igualdad y Equidad de Género 2007-2017*. San José, INAMU, 2007. Documento disponible en: http://www.infoagro.go.cr/Documents/PIEG_2007-2017.pdf
- LAMAS, Marta. “Género”, en Moreno, Hortensia y Alcántara, Eva (coords.). *Conceptos clave en los estudios de género*, Volumen 1, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.
- LAMAS, Marta. *La perspectiva de género*, 2007. Documento disponible en: https://www.ses.unam.mx/curso2007/pdf/genero_perspectiva.pdf
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando. “El Derecho Fundamental a la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. Fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

34. Instituto Nacional de las Mujeres. *Política Nacional para la Igualdad y Equidad de Género 2007-2017*. San José, INAMU, 2007, p. 17. Documento disponible en: http://www.infoagro.go.cr/Documents/PIEG_2007-2017.pdf

- MONTALVO ROMERO, Josefa. "Igualdad laboral y no discriminación en el contexto mexicano". *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. XL, 2007. Documento disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2267925.pdf>
- MONTERO MORALES, Ana Patricia. "Valor Jurídico de los Instrumentos de la OIT en el Ordenamiento Costarricense". *Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia*, núm. 13, 2016. Documento disponible en: <https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/valorjuridico.pdf>
- PÉREZ PEREZ, Jorge. "Contratación Laboral de Personas con Discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva", Navarra, Thomson Reuters, 2015.
- SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA JUSTICIA DE COSTA RICA. Sentencia 2012-012737, de las 09:05 horas, del 14 de setiembre de 2012.
- SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA JUSTICIA DE COSTA RICA. Sentencia 2005-07228 de las 14:58 horas, del 9 de junio de 2005.
- SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA JUSTICIA DE COSTA RICA. Sentencia 2006-00019, de las 09:35 horas, del 27 de enero de 2006.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Igualdad de género y no discriminación en la gestión del empleo. Guía para la acción*. San José, OIT, 2014. Documento disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/--ro-lima/---sro-san_jose/documents/publication/wcms_326274.pdf
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse Informe del Director General 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, sesión 100. Ginebra, OIT, 2011. Documento disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_166923.pdf
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. "Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998)", Ginebra, OIT, Segunda edición con anexo revisado, 2010. Documento disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/--declaration/documents/publication/wcms_467655.pdf
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. "Igualdad de género y no discriminación en la gestión del empleo. Guía para la acción", San José, OIT, 2007. Documento disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/--ro-lima/---sro-san_jose/documents/publication/wcms_326274.pdf
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Promoviendo la igualdad de género. Convenios de la OIT y los derechos laborales*. Santiago, OIT, 2006, p. 11. Documento disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-santiago/documents/publication/wcms_184031.pdf
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. "Igualdad en el Empleo y la Ocupación", Ginebra, OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, sesión 83, 1996.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación*, N° 111, 1958. Documento disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenio sobre igualdad de remuneración*, N° 100, 1951. Documento disponible de http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C100
- SCOTT, Joan. "Género", en Lamas, Marta (coord.). *El género: La construcción cultural de la diferencia sexual*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.