

CUADERNILLOS

DE LA FUNDACIÓN ELECTRA

1

OSCAR ERMIDA URIARTE

MEDITACIÓN SOBRE EL DERECHO DEL TRABAJO

Montevideo
2011

NOTA PRELIMINAR

Con la presente entrega la *Fundación Electra* pone en marcha una nueva actividad a través de una serie de publicaciones que se han denominado “*Cuadernillos de la Fundación Electra*”.

El propósito de la colección que se inicia es la difusión, en forma accesible para un amplio espectro de posibles interesados, de documentos de breve extensión que faciliten el conocimiento y el estudio de los temas fundamentales del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, así como de cuestiones conexas de filosofía economía, sociología historia, etc.

Este primer *Cuadernillo*, recoge un estudio del Profesor Óscar ERMIDA URIARTE que, por la amplitud y profundidad de los temas desarrollados puede ser considerado como su testamento intelectual. La publicación de este ensayo que encabeza la serie, quiere ser también emocionado homenaje de sus compañeros del Consejo de la *Fundación Electra*, de la que era Vicepresidente y como tal, fue hasta su último día, entusiasta animador y particular impulsor de los “Cuadernillos”.

El estudio que figura en este Cuadernillo, fue originalmente publicado bajo el título: “Protección, igualdad, dignidad, libertad y no discriminación” en el N° 241 (correspondiente a enero-marzo 2011) de la revista Derecho Laboral, que se edita en Montevideo, de la que el profesor Ermida era Director.

SUMARIO

Nota preliminar	3
Introducción	5
I. LOS VALORES Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES	7
1. Igualdad	7
2. El principio protector	8
3. La dignidad de la persona humana	9
4. Libertad	10
5. Breve resumen parcial	12
II. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN EL TRABAJO	13
1. Igualdad y no discriminación	13
2. La discriminación en el trabajo	14
3. Causas no justificadas de trato diferente	16
4. Momento, ocasión u oportunidad del acto discriminatorio ...	17
5. Discriminación y desigualdad no discriminatoria: la evaluación del acto o conducta aparentemente discriminatoria	19
6. Reacción del ordenamiento jurídico ante la discriminación en el trabajo	20
CONCLUSIONES	21

INTRODUCCIÓN

El objetivo inicial de este estudio era el de formular una breve teoría básica de la discriminación laboral, pero apenas iniciada esa tarea, percibimos que ella requería, previamente, ubicar el principio de no discriminación en la dogmática general del Derecho del trabajo. Primero, porque ello permitirá resaltar la importancia de la cuestión en el conjunto de los valores y principios del Derecho del trabajo; segundo, porque la no discriminación debe ser apropiadamente distinguida del género al que pertenece, la igualdad; tercero, porque al mismo tiempo se entrelaza muy fuertemente, por un lado, con el principio básico del Derecho laboral, el de protección, mientras que por otro, lo hace con valores o *metaprincipios* del Derecho de los derechos humanos, como los de dignidad y libertad; y cuarto, finalmente, porque de ese modo, la igualdad y la no discriminación se insertan en el sistema de los derechos humanos laborales.

En todo caso, hay un punto de partida: la relación de trabajo es una relación de poder entre desiguales, en la que hay una parte fuerte y otra débil. Por tanto, es un campo fértil para la discriminación. Discrimina quien puede y no quien quiere y el empleador tiene el poder para hacerlo. Entonces es natural que el Derecho laboral prohíba la discriminación, que agrede o contradice principios fundamentales, como los de igualdad, protección del más débil y el de dignidad de la persona humana. Así, la no discriminación es, sin duda, uno de los mandamientos o principios del Derecho del trabajo.

En la primera parte de este ensayo, analizaremos los valores y principios fundamentales que sientan las bases del Derecho laboral, tales como los de igualdad, protección, dignidad y libertad, en los cuales se inserta la no discriminación; de paso, esto nos permitirá repasar las bases fundamentales del Derecho del trabajo en su conjunto. En la segunda parte y definida su ubicación en la dogmática del Derecho laboral, analizaremos sí, el contenido del principio de no discriminación en el trabajo.

I. LOS VALORES Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Entre los principios y valores fundantes del Derecho laboral, deben resaltarse los de igualdad, protección, dignidad y libertad.

1. Igualdad

A veces se sostiene que el principio de igualdad no es exclusivo del Derecho laboral o que no es uno de los principios de nuestra disciplina¹. Sin embargo, parece que en verdad, la igualdad es el valor inicial que da fundamento a todo el Derecho del trabajo y al resto de sus principios.

Lo que sucede –y de ahí la confusión–, es que la igualdad que orienta al Derecho laboral, no es la igualdad formal y abstracta del liberalismo, según la cual “todos somos iguales ante la ley” –una ley ciega que no distingue entre pobres y ricos, entre poderosos y débiles, entre poseedores y desposeídos–, sino la igualdad real o material, que intenta corregir aquellas diferencias. Es tradicional distinguir aquella igualdad formal o abstracta del primer Derecho civil, de esta igualdad material o real del Derecho social, del mismo modo que se distingue la igualdad ante la ley, de la igualdad a través de la ley.

El Derecho del trabajo no es un ordenamiento jurídico igual para todos, sino desigualador o compensatorio. En efecto, la igualdad del Derecho social es diferente a la igualdad del Derecho privado clásico, que “candorosamente”² parte de la suposición de que todos somos iguales. En efecto, el Derecho civil tradicional supone esa igualdad, y por tanto se abstiene. El Derecho laboral, en cambio, constata una desigualdad e intenta corregirla.

¹ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del Derecho del trabajo*, 3ª. ed., Buenos Aires 1998, págs. 409 y sigs.

² BARBAGELATA, Aníbal Luis, *La democracia*, Montevideo 1983, pág. 39. El autor se pregunta “¿cuál es la noción democrática de la igualdad?”, respondiéndose que es “la igualdad final, de resultados”. En efecto, agrega, “como los hombres ni son todos iguales ni están todos en igual posición (...), tratándolos de la misma manera por el Derecho no se consigue la igualdad, sino el opósito, la consolidación de las desigualdades existentes, cuando no la agravación de tales desigualdades” (pág. 40). “La igualdad de derechos no sería bastante para compensar la desigualdad de condiciones” (pág. 41). Por eso, “en ocasiones has que aquistar la igualdad mediante un tratamiento jurídico desigual, pero de intención y sentido compensatorios” (pág. 42). Este es, concluye, lo que se ha hecho, “desde su precoz lanzamiento, en la legislación laboral y de la seguridad social uruguaya” (pág. 43).

Por tanto, la igualdad del Derecho del trabajo –y del Derecho social en general– es la igualdad material, igualdad compensatoria o “igualación”³. *Todo el Derecho laboral es una consagración o aplicación del principio de desigualdad compensatoria o igualación*. Más aún: esta clase de igualdad es la gran innovación del Derecho del trabajo: la igualdad como objetivo o meta y no solo como supuesto o punto de partida⁴.

Y por eso el Derecho del trabajo es protector.

2. El principio protector

El Derecho del trabajo protege al trabajador para reducir la desigualdad propia de la relación de trabajo o para evitar los peores efectos de esa desigualdad. Así, la desigualdad es el fundamento último de la protección. Si no fuera por ella, la protección no se justificaría.

Por una parte, parece claro que el de protección es el principio básico o central del Derecho del trabajo. El Derecho laboral es protector o carece de razón de ser. Tanto que es posible sostener que los demás principios del Derecho laboral (como los de primado de la realidad, irrenunciabilidad y continuidad) pueden reconducirse al principio de protección, deducirse de él⁵.

Por otra parte, y de manera análoga, también puede sostenerse que la protección se deduce del principio de igualación. Se protege al trabajador para corregir la situación de desigualdad en la que se encuentra. En el fondo, la tutela es un instrumento de la desigualdad compensatoria.

La protección del débil es el instrumento de la igualación. Se protege para corregir o aminorar la desigualdad. La protección es la manera de igualar o reducir la desigualdad vertical entre empleador y trabajador, entre arriba y abajo.

Por eso mismo, por actuar como correctivo de la realidad, la ley laboral está más expuesta que otras al incumplimiento y necesita de mecanismos de garantía que aseguren su eficacia, tales como la inspección del trabajo, la justicia y el proceso especializados, la autotutela colectiva y eventualmente un Derecho penal del trabajo.

³ ROSENBAUM, Jorge, *Los problemas actuales de la justicia del trabajo en América latina*, en revista Derecho Laboral t. XXXVI Nro. 169, Montevideo 1993, pág. 120.

⁴ RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del Derecho*, México 1951, pág. 152, *cit.* por BARBAGELATA, Héctor-Hugo, *El particularismo del Derecho del trabajo y los derechos humanos laborales*, Montevideo 2009, pág. 20.

⁵ Ackerman sostiene que si “algún principio debe existir” ese no podría ser otro que el de protección, *Tratado de Derecho del trabajo* (Dir.: ACKERMAN, Mario; Coord.: TOSCA, Diego), Buenos Aires 2005, t. I, pág. 314 y nota 33).

3. La dignidad de la persona humana

La igualdad es pues, fundamento del principio tuitivo y por tanto, del Derecho laboral todo. Pero no solo lo es la igualdad, sino también la dignidad, el otro gran *valor o metaprincipio* de los derechos humanos, lo que coloca al Derecho del trabajo en el tronco mismo del sistema de derechos fundamentales. En efecto, todos los derechos humanos se basan en los valores de igualdad y dignidad, mientras que la tutela laboral procura –entre otros objetivos–, preservar la dignidad del trabajador.

El de dignidad es un concepto antiguo que proviene de la filosofía griega y en especial de los estoicos, pasando por el cristianismo y por Kant, para desembocar en el Preámbulo de la Declaración Universal de los derechos humanos de la ONU (1948), de conformidad con el cual, “la dignidad es inherente a todos los miembros de la familia humana”.

Trátase, según ha expresado el Tribunal Constitucional español, de la estima que merece toda persona por el solo hecho de serlo; es el respeto debido a todo ser humano y su *derecho a vivir una vida digna*. Incluye, por tanto, el derecho a condiciones mínimas de existencia que deben ser aseguradas por el Estado y por el orden económico⁶. Y en el mundo del trabajo, el derecho a tener una vida digna depende del hecho de poseer un trabajo decente o digno⁷.

Pero además, la dignidad es hoy un valor muy próximo al de igualdad⁸. Hoy *no hay dignidad sin igualdad*. En efecto, si todos somos iguales, todos debemos gozar de los derechos esenciales a la dignidad. Así, actualmente, la igualdad forma parte de la dignidad; forma parte del contenido esencial de la dignidad; la igualdad es condición de la dignidad.

Por eso, la desigualdad no justificada agrede a la dignidad. La dignidad es incompatible con la desigualdad injustificada.

De este modo, la protección del trabajador se apoya en la igualación y en la dignidad⁹. Y la discriminación viola tanto la igualdad como la dignidad. Por eso, el Derecho del trabajo, que protege a todos los trabaja-

⁶ FURTADO, Emmanuel, *Preconceito no trabalho e a discriminacao por idade*, Sao Paulo 2004, págs. 164 y 120.

⁷ “*Vida digna es trabajo decente*”, rezaba un cartel en el auditorio Marcelino Camacho de Comisiones Obreras (CCOO) observado en Madrid en enero de 2010.

⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes, *Direito constitucional*, 6ª. ed., Coimbra 1993, p. 363 y MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito constitucional*, 3ª. ed., Coimbra 2000. t. 4, p. 183, ambos citados por ALVES LIMA, Firmino, *Asedio sexual e o meio ambiente de trabalho*, en Revista da AMATRA XV, Campinas 2010.

⁹ Ya habíamos esbozado una formulación similar a esta en *Ética y Derecho del trabajo*, en GRUPO DE LOS MIÉRCOLES, “Veinte estudios laborales en memoria de Ricardo Mantero Alvarez”, Montevideo 2004, págs. 36-37. Aquí intentamos ampliarla y afinarla.

dores, con mayor razón protege a los más expuestos, generalmente discriminados, a los más débiles entre los débiles. Así es como se llega a la no discriminación, a partir de la igualdad, la dignidad y la protección.

Pero antes de entrar directamente en la no discriminación, permítase nos un paréntesis sobre el tercer valor o *metaprincipio* propio de los derechos humanos, al que también responde el Derecho del trabajo: el de libertad.

4. LIBERTAD

La protección propia del Derecho laboral se funda en la igualdad y en la dignidad, como ya se vio, pero también en la libertad.

Si bien no puede discutirse el reconocimiento y la jerarquía de la libertad como uno de los valores o *metaprincipios* fundamentales del sistema de derechos humanos, existe, en cambio, una gran de controversia en cuanto a cuál sea su contenido esencial¹⁰.

Simplificando en exceso ese panorama, puede distinguirse, por un lado, una noción de libertad como ausencia de coerción (libertad negativa), concepción propia del paleoliberalismo, defendida a ultranza por Hayek¹¹. Por otro lado, se desarrolló una concepción de la libertad como autodeterminación o como capacidad concreta de actuar¹² (libertad positiva, material, sustancial o efectiva). Es la manejada, desde los estoicos¹³ por Capitant¹⁴, Nicolliello¹⁵, Jiménez de Aréchaga¹⁶, Aníbal L. Barbagelata¹⁷, y Burgoa¹⁸, entre muchos otros y supone no sola-

¹⁰ En efecto, “no hay acuerdo en punto a determinar qué se entiende por libertad en sentido jurídico” (BARBAGELATA, Aníbal L., *Derechos fundamentales*, 2ª. ed., Montevideo 2002, pág. 9).

¹¹ HAYEK, Friedrich von, *Los fundamentos de la libertad*, trad. esp., Madrid 1992, págs. 32-33 y 40 (nota 21).

¹² Como la defendida por Amartya SEN y Ronald DWORKIN, con diferencias entre ellos (*conf.* RUZYK, Carlos Eduardo, *Institutos fundamentais do Direito civil e liberdade(s). Repensando a dimensao funcional do contrato, da propriedade e da familia*, Curitiba 2011, pág. 16).

¹³ “La libertad consiste en disponer de sí mismo” (*conf.* FERRATER MORA, José, *Diccionario de filosofía abreviado*, Barcelona 1962, pág. 219).

¹⁴ “Poder de obrar según la propia determinación” (CAPITANT, Henri, *Vocabulario jurídico*, trad. esp., Buenos Aires 1975, pág. 345).

¹⁵ “Predominio de la voluntad y ausencia de dominación ajena en la conducta de los hombres” (NICOLIELLO, Nelson, *Diccionario jurídico*, Montevideo 1995, pág. 108).

¹⁶ Entre otras cosas, “derecho a la autonomía personal” (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, *Introducción al derecho*, Montevideo 2007, pág. 142).

¹⁷ “Una esfera de acción autónoma” (BARBAGELATA, Aníbal L., *ob.cit.*, pág. 10).

¹⁸ “Un derecho público subjetivo” que consiste en la “potestad genérica de actuar,

mente la ausencia de coerción, sino además, el reconocimiento de una esfera de poder^{19 20}.

¿Y qué tiene que ver todo esto con el Derecho del trabajo? Pues que precisamente la relación de trabajo es una relación de poder que limita severamente la libertad del trabajador²¹.

Como dice Ackerman, toda vez que “se trabaja por necesidad (...), se limita severamente la libertad de quien trabaja”; “cuando existe necesidad –y especialmente la necesidad de obtener los recursos para la subsistencia–, escaso espacio resta para elegir o para decir que no y muy reducido queda entonces el territorio de la libertad”. “El trabajo por necesidad, subordinado o por cuenta ajena, es decir, sometido al poder de un empleador, supone, para la persona que trabaja, una progresiva e inevitable pérdida de libertad”²².

Esta pérdida de libertad está claramente reconocida en el Derecho positivo laboral uruguayo, que define el tiempo de trabajo efectivo como aquel “en que un obrero o empleado deja de disponer libremente de su voluntad”²³.

Siendo así, y atendiendo a las dos grandes concepciones de libertad antes sintetizadas, el Derecho del trabajo tiene como objetivos: a) garantizar al trabajador algún grado de libertad negativa (liberándolo de la

real y trascendentemente” (BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 22ª. ed., México 1989, págs. 304 y 309-310).

¹⁹ Lo que lleva a Foucault a proponer como rasgo de la libertad positiva, la “insumisión al poder”, en el sentido de la posibilidad de resistirlo (*conf.* RUZYK, Carlos Eduardo, *ob.cit.*, págs. 47-48).

²⁰ Por cierto, hay muchas otras clases o concepciones de la libertad (libertad individual y colectiva; libertad civil y política; libertad política de opción y libertad política de participación; libertad política y libertad económica; etc.) . Aquí solo hemos hecho referencia a una de las dicotomías más directamente relacionadas con el aspecto laboral.

²¹ Los análisis histórico filosóficos de Foucault destacan cómo la carencia de libertad siempre acompañó al trabajador industrial: primero en la misma prisión, durante el período de represión directa, luego en las “fábricas-prisión” y finalmente en la apropiación del tiempo de trabajo (FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, trad. esp., Buenos Aires 2005, págs. 128-130 y 137-139 y *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, trad. esp., Buenos Aires 2008, págs.- 76-77 y 81-82). También denuncia cómo la ficción del contrato (de trabajo) intenta legitimar el ejercicio del poder disciplinario del empleador (Idem, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, trad. esp., Servicio de Documentación en Ciencias Sociales, Ficha 281, pág. 80).

²² *Tratado...*, *cit.*, págs. 16 a 19 y 25.

²³ Art. 6 del decreto de 29 de octubre de 1957. Del mismo modo, Domingo ARENA fundamentó su voto en favor de la ley 5.350 de 17 de noviembre de 1915, sosteniendo que “todo hombre que trabaja para otro, durante todo el tiempo que trabaja está sometido a otro; ha enajenado su voluntad a otro, ha dejado de ser un hombre libre” (diario “El Día”, Montevideo 22 de octubre de 1915, *cit.* por MACHADO, Carlos, *Historia de los orientales*, 4ª. ed., Montevideo 1985, t. III, pág. 37).

coerción patronal o limitando la extensión o intensidad de la misma), y b) garantizarle, además, algún grado de libertad positiva, de capacidad de autodeterminación, de poder o contrapoder.

En efecto, toda la estructura del Derecho laboral apunta a garantizar –dentro y fuera de la relación de trabajo–, un mínimo de libertad al ser humano que trabaja. Dentro y durante la relación de trabajo, los derechos inespecíficos, de ciudadanía en la empresa o derechos fundamentales de la persona trabajadora, apuntan a limitar la subordinación o dependencia a que la relación de trabajo la somete; en igual sentido operan las normas específicamente laborales que limitan o condicionan el ejercicio del poder de dirección del empleador. Al mismo tiempo, al limitar la duración del tiempo de trabajo, garantizar descansos, etc., se apunta a generar un tiempo liberado de esa subordinación o dependencia²⁴.

Limitando la libertad del empleador, el Derecho del trabajo garantiza un espacio de libertad al trabajador.

Demás está decir que este rescate de parte de la libertad del trabajador intentado por el Derecho laboral, se entrelaza estrechamente con la dignidad (la libertad es obviamente esencial a la dignidad), y con la igualdad (la preservación de un espacio de libertad del trabajador es asimismo, un mecanismo de igualación y por tanto, también de protección). Y al mismo tiempo, todo esto refuerza la pertenencia del Derecho laboral –o la protección del trabajador–, al sistema de los derechos humanos²⁵.

5. Breve resumen parcial

De conformidad con lo que antecede, corresponde subrayar que la protección del trabajador, propia del Derecho laboral, encuentra su fundamento en la necesidad de realizar la igualdad y de preservar la dignidad y la libertad del trabajador.

²⁴ *Conf. LÓPEZ, Diego, Libertad y seguridad en el trabajo*, en Revista Laboral Chilena, Julio 2009, págs. 53-59.

²⁵ Cabe todavía, una advertencia sobre el alcance de la libertad en la protección propia del Derecho laboral. La proscripción del trabajo forzoso se funda en la libertad, claro está, pero ésta no se agota en aquella. La prohibición del trabajo forzoso (incluida en la ejemplificación minimalista de principios y derechos fundamentales en el trabajo de la Declaración de la OIT de 1998) es solamente la expresión mínima de la libertad en el Derecho del trabajo. Hay aquí una analogía con la relación entre igualdad y no discriminación. La no discriminación es parte de la igualdad, que la supera ampliamente, del mismo modo que la prohibición del trabajo forzoso forma parte de la libertad, que también la supera ampliamente (*V. infra*, 5 y II.1). La interdicción del trabajo forzoso apenas es el primer paso –tan necesario como insuficiente– del camino de la libertad del trabajador.

Siendo así, y estando la igualdad en el centro de la estructura dogmática del Derecho del trabajo, resulta inevitable prohibir la discriminación, que agrede por igual la igualdad, la dignidad y la libertad del trabajador, haciendo vana la pretensión de protección, especialmente la de los más expuestos o desvalidos de los trabajadores.

Esta es la ubicación de la no-discriminación en la dogmática del Derecho laboral. Este es el contexto científico en el que puede ensayarse un esbozo de teoría de la discriminación en el trabajo.

II. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN EL TRABAJO

1. Igualdad y no discriminación

Igualdad y no discriminación no son la misma cosa. El principio de igualdad es el mayor, que incluye al de no discriminación. Esta es un derivado de aquella, una concreción, efecto o reflejo de la igualdad²⁶. La igualdad es el género y la no discriminación es una de sus especies. Un instrumento de la igualdad. Se trata de una prohibición (no discriminar) en el marco del objetivo de la igualdad. Para alcanzar la igualdad hay que empezar por no discriminar. La no discriminación es el contenido mínimo de la igualdad, un pequeño paso en el camino de la igualdad.

Pero hay otra diferencia fundamental. Dentro del área específica del Derecho laboral, la igualdad opera verticalmente (reduciendo la diferencia entre capital y trabajo), mientras que la no discriminación opera horizontalmente, procurando que no se perjudique (aún más) a los trabajadores más débiles o expuestos²⁷.

La no discriminación intenta evitar que existan trabajadores de “clase A” y trabajadores de “clase B”, pero no cuestiona el hecho de que el empleador sea de “clase A” y los trabajadores sean de “clase B”. El objetivo de la no discriminación no es la igualdad entre capital y trabajo, sino la eliminación de diferencias injustificadas *entre trabajadores*, dentro del universo de los ya desiguales, dentro del mundo de los débiles. La no discriminación actúa solo dentro de la clase trabajadora, entre sectores, segmentos o “subgrupos” de trabajadores.

²⁶ ALVES LIMA, Firmino, *Mecanismos antidiscriminatorios nas relacoes de trabalho*, Sao Paulo 2006, pág. 78 y NEVES, Javier, *La igualdad y sus efectos: el derecho a no ser discriminado*, cit. por GOLDSTEIN, Eduardo, *La discriminación racial, por origen nacional y etnia en las relaciones laborales*, Montevideo 2009, pág. 83.

²⁷ BARRETTO, Hugo, *El derecho a la igualdad y la no discriminación en el Derecho del trabajo. Una revisión crítica*, en Revista de Derecho Social-Latinoamérica Nro. 4-5, Buenos Aires 2008, págs 37 y sigs., esp. págs. 52-55.

Mientras tanto, el principio de igualdad opera en la *summa divisio* del Derecho laboral: la que existe entre capital y trabajo, entre empleador y trabajador. Y como ya se subrayó, es esta igualdad material, desigualdad compensatoria o igualdad la gran innovación o particularidad del Derecho laboral: la igualdad concebida no como axioma o punto de partida, sino la igualdad como meta u objetivo²⁸.

2. La discriminación en el trabajo

“La discriminación en el trabajo es un fenómeno cotidiano y universal”²⁹, porque la relación de trabajo, en tanto relación de poder o relación desigual, es un campo fértil, un caldo de cultivo para la discriminación. El trabajador está siempre expuesto a la discriminación —o sea, a sufrir un tratamiento peor que el recibido por sus compañeros—, por el hecho mismo de la desigualdad, subordinación o dependencia³⁰, y más expuesto está cuanto más débil es.

La *definición* de la *discriminación laboral* es elaborada., generalmente, a partir del art. 1 del convenio internacional del trabajo núm. 111, como toda distinción, exclusión o preferencia carente de justificación suficiente, que tenga por efecto destruir o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en materia de empleo.

A partir de ese concepto, la doctrina ha identificado algunos caracteres, a saber:

- a) puede tratarse de una acción o de una omisión, un hacer o un no hacer;
- b) supone una diferencia, una exclusión o aún una preferencia injustificada;
- c) tal diferencia debe carecer de una causa justificante, de un motivo justo y fundado;
- d) debe provocar un daño o un perjuicio al trabajador que recibe el tratamiento diferenciado.

No es relevante la intención del sujeto discriminante, siendo suficiente la existencia del daño. Habida cuenta del bien jurídico protegido,

²⁸ *Supra*, I.1.

²⁹ GODÍNEZ, Alexander, *La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación*, en Revista Real Card Nro. 2, Guatemala 2010, pág. 101.

³⁰ Por eso, el actor, agente o responsable de la discriminación es siempre el empleador, sea directamente (cuando es él mismo quien discrimina), sea indirectamente, cuando la discriminación es practicada por un subcontratista o intermediario o por otros trabajadores. Ello sin perjuicio, claro está, de la responsabilidad concurrente del agente directo en muchos casos.

se destierra del ordenamiento jurídico no solo a las conductas intencionalmente discriminatorias, sino a todas las que, de hecho, tienen un resultado discriminatorio. Lo relevante no es la intención sino el daño³¹.

Son múltiples las *clasificaciones* de los diversos tipos de discriminación laboral³², por lo que aquí solo haremos referencia a algunas de las más importantes a los efectos de este estudio.

Distínguese, por una parte, entre *discriminación directa e indirecta*, según que el daño o efecto se produzca de manera directa o inmediata sobre el trabajador discriminado o que éste se produzca indirectamente (de “carambola” o de “rebote”). Ejemplos típicos de discriminación directa son el despido por realizar actividad sindical o el rechazo de trabajadores sindicalizados en un proceso de selección de personal o de ascenso o promoción. Ejemplo de discriminación indirecta es la inclusión, en esos procesos de selección o promoción, de condiciones aparentemente neutras, pero que solo son poseídas por alguno(s) de los candidatos y no por otros.

Por otra parte, se alude a la *discriminación por afinidad o proximidad*, que puede darse por lo menos, en dos hipótesis: a) cuando el perjuicio no alcanza directamente al trabajador, pero sí a su entorno (cónyuge, hijos, familiares próximos); el trabajador en sí mismo queda intacto, pero se perjudica a alguien próximo; b) cuando el motivo o causa del tratamiento diferenciado está en el cónyuge, familiar o amigo del trabajador (despido de un trabajador a causa de la opción política o sindical de su pariente).

También se distingue entre *discriminación vertical y horizontal*. En la primera, es el empleador o el personal de dirección que discrimina a uno o varios trabajadores. En la segunda, son los mismos trabajadores que discriminan a uno o varios de sus compañeros³³.

Asimismo, se diferencia según que la discriminación sea *por acción o por omisión*. Si bien generalmente el acto discriminatorio supone un hacer, la discriminación también puede resultar de un no hacer. Por ejemplo, generada un vacante, la misma no se llena habida cuenta de determinadas características de los principales candidatos (sexo, raza, color, sindicación, etc.), que no justifican su postergación.

Desde otra perspectiva, se hace referencia al *acoso colectivo o “straining”*. A diferencia del acoso moral, que es individual, el “straining” es un

³¹ NUÑEZ, Cayetano, *Interculturalidad y Derecho del trabajo*, Valencia 2009, pág. 69. *Conf. tamb.*, GOLSDSTEIN, Eduardo, *ob. cit.*, págs. 115 y 274 y ALVES LIMA, Firmino, *Mecanismos antidiscriminatorios...., cit.*, págs. 313-314.

³² V. GOLDSTEIN, Eduardo, *ob.cit.*, págs. 112 y sigs.

³³ V. *supra*, nota 31.

acoso colectivo, que requiere platea y cierto grado de colaboración implícita. Forma parte de algunas políticas de personal, que del mismo modo que elaboran un “cuadro de honor” con los mejores trabajadores del mes o del año, descalifican públicamente a quienes no consiguieron alcanzar las metas establecidas o el nivel previsto de productividad. Podría decirse que es una especie de “*escrache*” patronal.

Se hace hincapié en que el “straining” produce un daño moral colectivo, o una injusta lesión de la esfera moral de una comunidad. Pero esta afirmación lleva a plantear otra pregunta más relevante: ¿podría sostenerse que en el fondo toda discriminación es colectiva? Al final de cuentas, la discriminación –aún focalizada en un concreto individuo–, siempre puede terminar afectando a todo un colectivo (mujeres, negros, extranjeros, sindicalistas, etc.).

Finalmente, hasta aquí nos hemos referido a la discriminación practicada por el empleador o por los mismos trabajadores. Sin embargo, también hay una *discriminación normativa*. La ley o el decreto pueden contener normas discriminatorias, lo que sucede a menudo, lo mismo que con el convenio colectivo. Está claro que esas normas carecen de validez, como todas las que violan derechos fundamentales.

Más complicado es el caso de la norma constitucional discriminatoria. Existen por lo menos dos casos en nuestra propia Constitución, que se explican por la vetustez de las normas³⁴. Uno de ellos es el párrafo segundo del art. 53, que da preferencia a los ciudadanos en “la posibilidad de ganar su sustento con el desarrollo de una actividad económica”. El otro es el segundo párrafo del art. 54 que establece que “*el trabajo de las mujeres y de los menores de dieciocho años será especialmente reglamentado y limitado*”. Está claro que en las concepciones actuales sobre igualdad y discriminación, es inadmisibles la vieja y tradicional equiparación del trabajo de las mujeres con el de los menores, del mismo modo que es inadmisibles, hoy, la *limitación* del trabajo femenino. En nuestra opinión, ambas disposiciones son desplazadas por la normativa internacional de derechos humanos, que reviste carácter de *ius cogens*, operación que se ve facilitada por el juego de los arts. 72 y 332.

3. Causas no justificadas de trato diferente

En rigor, dado el estado actual de evolución del tratamiento dogmático de la discriminación laboral, no sería necesaria ninguna enumera-

³⁴ La parte dogmática de la Constitución no ha sido modernizada casi en nada desde 1934. Las reformas posteriores se concentraron en aspectos propiamente políticos y económicos, despreocupándose por los derechos.

ción de causas o motivos, ya que el principio es el de que *resulta discriminatoria toda diferencia no justificada*.

Sin embargo, históricamente se fueron edictando causas expresamente no justificadas de discriminación, muchas de las cuales fueron quedando consolidadas en textos jurídicos relevantes, como entre otros, el convenio 111 y varias Constituciones. En la actualidad, tales enumeraciones no pueden ser consideradas de ningún modo como taxativas, sino como puramente ejemplificativas. El otro efecto que hoy puede reconocérseles, es el de que, verificado uno de esos motivos expresamente proscritos, la diferencia será necesariamente discriminatoria.

El referido convenio 111 incluye la raza, el color, el sexo, la religión, la opinión política, la ascendencia nacional y el origen social. La Constitución brasileña agrega la opción sexual, el estado civil, la discapacidad física y la edad. La ley uruguaya 17.940 se refiere a la actividad sindical. Muy a menudo se menciona en este tipo de listados al estado de salud en general, al virus de inmunodeficiencia adquirida, etc.

Pero es necesario reiterar y subrayar que en general habrá discriminación toda vez que una diferencia de trato carezca de justificación suficiente. Todo motivo carente de justificación es discriminatorio, íntegro o no algún listado más o menos célebre. Toda diferencia no justificada es discriminatoria.

4. Momento, ocasión u oportunidad del acto discriminatorio

El acto discriminatorio puede darse en cualquier momento y más específicamente, puede operar antes, durante o después de la relación de trabajo³⁵.

La *discriminación precontractual* opera, generalmente, en el proceso de selección. Los avisos o anuncios en que se pide personal ya son frecuentemente discriminatorios. Igualmente lo son los “tests psicotécnicos” diseñados para determinar tendencias o inclinaciones del postulante, que serán tenidas en cuenta para no contratarle³⁶. Y por supuesto lo son las conocidas y variadas “listas sucias”³⁷.

Puede ser interesante señalar que en Francia, la ley de 31 de marzo de 2006, de igualdad de oportunidades, introdujo en el Código de trabajo

³⁵ Conf. GOLDSTEIN, Eduardo, *ob. cit.*, págs. 121-122.

³⁶ Al respecto véase, en esta misma revista, BRITOS, Fernando, *Pruebas psicolaborales y manipulación en el mundo del trabajo*

³⁷ Adoptamos aquí la expresión al uso en Brasil, dado que la tradicional de “listas negras” es obviamente –podría decirse que obscenamente– discriminatoria.

el anonimato de los *curriculum vitae*³⁸. Por lo demás, con carácter dogmático y general, se ha ido desarrollando la postulación de un “derecho a mentir” por parte del aspirante³⁹.

La *discriminación durante la relación de trabajo* se centra, generalmente, en las condiciones de trabajo o en la decisión de dar por terminado el vínculo. Puede tratarse del salario y de cualquier otra de las condiciones de trabajo, de las promociones o ascensos, de los traslados, de la aplicación de sanciones disciplinarias y por supuesto, del despido.

Un párrafo aparte merece el acoso. Sin duda, todo acoso es ilegítimo, pero ¿es siempre además discriminatorio o solo algunos tipos de acoso son discriminatorios? Una primera respuesta podría ser la de que el acoso es discriminatorio cuando la conducta no deseada se relaciona con el origen racial, la religión, las convicciones, la edad, la orientación sexual de la víctima o con otra condición de las que habitualmente se consideren objeto de discriminación o también cuando el asedio tenga por objetivo afectar su dignidad o crear un ambiente de intimidación, humillación o agresión. En esta posición el acoso es discriminatorio en la medida en que esté motivado en otra causa de discriminación. Una segunda respuesta podría sostener, en cambio, que todo acoso es siempre discriminatorio, porque se aprovecha de una situación de poder excediendo los límites de su legítimo ejercicio.

Por lo demás, tal vez cabría diferenciar acoso sexual y acoso moral. En efecto, se ha dicho que aún en una concepción limitada del carácter discriminatorio del asedio, el acoso sexual es siempre discriminatorio porque es al mismo tiempo discriminación por sexo u opción sexual. En este tipo de acoso, el sexo o la opción sexual es definitorio para la adopción de una conducta ilegítimamente diferente⁴⁰.

Finalmente, la *discriminación post contractual* se concentra, muy frecuentemente, en las referencias que el ex-empendedor da a otros cole-

³⁸ “Las informaciones comunicadas por escrito por el candidato al empleo, destinadas a apreciar exclusivamente su capacidad para ocupar un puesto de trabajo o sus aptitudes profesionales, deben ser examinadas en condiciones que preserven el anonimato” (art. L-121-6-1). Se le critica a esta norma su eventual contradicción con la política de transparencia en la empresa y con las previsiones del acuerdo nacional profesional sobre la diversidad en la empresa, de 11 de octubre de 2006 (FAVENNEC-HERY, Françoise, *Non-discrimination, égalité, diversité, la France au milieu du gué*, en rev. Droit Social Nro 1, Paris, janvier 2007, pág. 6). En sentido inverso y tal como se indica de inmediato en el cuerpo de este texto, se desvuelve la idea de un derecho a mentir, como defensa del postulante.

³⁹ ERMIDA URIARTE, Oscar, *Ética y Derecho del trabajo*, cit., pág. 28.

⁴⁰ LOUSADA AROCHENA, José Fernando, *El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual*, Granada 1996, págs. 141-145.

gas que eventualmente podrían contratar a quien fuera su empleado. Del mismo modo, reaparecen aquí, las “listas sucias” que a veces, hasta se comercializan, como las de trabajadores que han presentado reclamos administrativos o judiciales. En el Uruguay es relativamente frecuente el envío al seguro de paro como medida retorsiva y eventualmente discriminatoria.

5. Discriminación y desigualdad no discriminatoria: la evaluación del acto o conducta aparentemente discriminatoria

No toda diferencia es discriminatoria. Así, por ejemplo, el propio convenio 111 excluye las diferencias fundadas en las calificaciones de los trabajadores⁴¹. Por eso, en cada caso concreto de diferencia salarial o de otras condiciones de trabajo, puede presentarse la duda respecto de su legitimidad.

Pero en todo caso, como regla de principio, debe partirse de la necesidad, pertinencia y fundamentación de la diferencia. En efecto, el principio de igualdad opera la *presunción de la licitud del trato igualitario*, ya que en definitiva, la norma antidiscriminatoria tiene como objetivo final promover la igualdad sustancial, con pleno respeto de la misma dignidad de todos los seres humanos. Por eso, la igualdad no requiere justificación especial, al revés de la desigualdad. Solo *el tratamiento diferenciado requiere justificación expresa*⁴².

Doctrina y jurisprudencia comparadas han elaborado los requisitos de validez del trato diferente: una condición desigual puede no ser discriminatoria si se demostrara de modo claro e inequívoco la necesidad, pertinencia y razonabilidad de la diferenciación introducida⁴³. En otras palabras, el trato diferenciado debe ser indispensable para cumplir una necesidad objetiva, fundada y legítima de la empresa, lo que supone que la medida en cuestión debe ser necesaria, pertinente, apta y adecuada para ello; pero además debe verificarse la inexistencia de otro medio para obtener el mismo objetivo.

⁴¹ Entre otros, MORGADO VALENZUELA, Emilio, *Reflexiones iniciales acerca del principio de no discriminación*, en “Los principios del Derecho del trabajo en el Derecho peruano. Libro homenaje al prof. Américo Plá Rodríguez”, 2ª. ed., Lima 2009, pág. 697.

⁴² ALVES LIMA, Firmino, *Teoria da discriminacao nas relacoes de trabalho*, Rio de Janeiro 2011, parágrafo 8.2. Claro que podría darse una excepción en la hipótesis en la que el trato igualitario encubriera una discriminación del trabajador o grupo de trabajadores que tuviera condiciones que dieran mérito o aún exigieran una mejor consideración.

⁴³ ALVES LIMA, Firmino, *ob. cit.*, parágrafo 5.5.3 y NUÑEZ, Cayetano, *ob.cit.*, pág. 98.

La razonabilidad ayudará a valorar estos extremos para legitimar –o no– el trato diferenciado, pero debe tenerse siempre presente que de un lado está en juego un derecho fundamental (la no discriminación), y del otro meras conveniencias o necesidades de gestión.

Por esto mismo se impone la *interpretación restringida de la diferencia*, así como la *carga de probar su indispensabilidad*, dos reglas básicas del Derecho laboral antidiscriminatorio derivadas, por lo demás, del Derecho de los derechos humanos.

6. Reacción del ordenamiento jurídico ante la discriminación en el trabajo

Siendo la no discriminación un principio o derecho fundamental, la reacción del orden jurídico en su contra es múltiple y puede sistematizarse en torno al sistema de presunciones y prueba, a la prohibición, nulidad y criminalización del acto discriminatorio y al desarrollo de acciones positivas.

En materia de presunciones y prueba, y según lo recién adelantado, se presumen la licitud del acto igualitario y la ilicitud del tratamiento diferenciado.

Por tanto, es necesario probar la existencia de un motivo justificado de la diferencia. Normalmente, este efecto se presenta como una inversión de la carga de la prueba, pero probablemente se trate de la consecuencia de la nulidad de todo acto prohibido y en particular, de todo acto violatorio de derechos fundamentales. Lo mismo puede decirse de la necesaria interpretación estricta de la procedencia de la distinción.

El acto discriminatorio es absolutamente nulo. Precisamente por tratarse de un acto violatorio de derechos fundamentales, la discriminación está prohibida y el acto que la vehiculiza está afectado de nulidad absoluta. El acto discriminatorio es nulo, en concordancia con el objetivo de eliminar la desigualdad injustificada o, como dice el art. 2 de la Declaración de la OIT sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998, “la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación”⁴⁴.

Claro que la nulidad opera sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial, pero lo esencial es la nulidad del acto prohibido y violatorio de varios derechos fundamentales, más aún, de los fundamentos de todos los derechos humanos, como es el caso de la igualdad y la dignidad.

⁴⁴ GODINEZ, Alexander, *ob.cit.*, pág. 102.

La prohibición del acto discriminatorio también supone, por cierto, la garantía de indemnidad o proscripción de la “discriminación retaliatoria”⁴⁵.

La nulidad de la discriminación se complementa, a menudo, con la *tipificación penal* de la conducta en cuestión.⁴⁶

La acción positiva, también denominada discriminación positiva o inversa, opera en el campo de las políticas antidiscriminatorias y consiste en crear mecanismos de desestímulo a la discriminación y de promoción de la igualdad en favor de los sectores generalmente desfavorecidos en la materia. Así, mientras la nulidad del acto discriminatorio intenta eliminar la desigualdad no justificada, la discriminación positiva apunta a promover la igualdad.⁴⁷

En todo caso, la discriminación positiva responde a las estructuras y técnicas más propias y tradicionales del Derecho laboral todo: trátase, en efecto, de crear desigualdades de signo contrario a la constatada en la realidad. Eso es lo que el Derecho del trabajo hizo y hace en todos los campos. Por tanto es posible preguntarse si todo el Derecho social no es una acción positiva o, en otros términos, si la discriminación inversa no es más que una focalización de las técnicas protectoras e igualadoras del Derecho social en determinadas situaciones particularmente expuestas.

CONCLUSIONES

1) La no discriminación es un ítem importante del Derecho del trabajo, tanto que la eliminación de la discriminación se incluye en la nómina minimalista de principios y derechos fundamentales del trabajo de la Declaración de la OIT de 1998. Sin embargo, la no discriminación se ins-

⁴⁵ Como es sabido, se trata del establecimiento de cupos, cuotas, preferencias y otras ventajas en favor de categorías generalmente postergadas. En dicha línea puede mencionarse, a título de ejemplo, la ley francesa de 23 de marzo de 2006, que modifica el art. L.132-27-2 del Código de trabajo, estableciendo una obligación de negociar y *concluir* convenios colectivos de empresa y de rama con disposiciones de igualdad de remuneraciones. No se trata solo de la tradicional obligación de negociar, sino además de la de acordar; no es una mera obligación de medio, sino de resultado (*conf.* FAVENNEC-HERY, Françoise, *ob. cit.*, pág. 7).

⁴⁶ En Brasil, la ley 12.288 de 2010 (Estatuto de la igualdad racial), modifica la anterior ley 7.716 de 1989, que había definido el delito de discriminación racial, agregando varias nuevas conductas a la tipificación del referido delito (*conf.* RIBEIRO BRASILIANO, Cristina A. y FONSECA ESPÍRITO SANTO, Dimas, *Ensaio sobre o estatuto da igualdade racial*, en Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2a. Região, N° 6/2010, São Paulo 2010, pág. 297).

⁴⁷ La referida ley brasileña de 2010 promueve la acción positiva y crea, en su Título III, el “Sistema Nacional de Promoción de la Igualdad racial”.

cribe en el marco mayor de principios aún superiores, como los de protección, igualdad y dignidad.

2) El Derecho el trabajo forma parte del sistema de derechos humanos, no solo porque la mayoría de los derechos del trabajador están expresamente reconocidos como derechos fundamentales en la Constitución y en las normas internacionales de derechos humanos (limitación de la jornada, descansos, derecho al trabajo, derecho a la seguridad social, derecho de huelga, de sindicación y de negociación colectiva, etc.), sino también porque todo él –todo el Derecho laboral–, es un mecanismo de realización de los principios y valores del sistema de derechos humanos: la dignidad, la igualdad y la libertad.

3) El Derecho del trabajo es protector porque su objetivo es la igualdad material o igualación.

El Derecho laboral percibe una desigualdad entre empleador y trabajador e intenta corregirla, protegiendo al más débil.

La protección del trabajador es un instrumento de igualación o de reducción de las desigualdades.

4) Hoy, en un mundo que ya no tolera la idea de que unas personas sean originalmente superiores a otras, la igualdad forma parte, también, de la idea de dignidad.

De tal modo, la protección el Derecho laboral tendiente a la reducción de la desigualdad entre capital y trabajo, apunta al mismo tiempo, a la preservación de la dignidad de la persona que trabaja.

5) La prohibición de la discriminación es el contenido mínimo de la igualdad. El principio mayor es el de igualdad.

La no discriminación es el contenido mínimo de la igualdad. Para procurar la igualdad, el primer paso –no suficiente, pero sí necesario–, es no discriminar.

6) La discriminación también hiere la dignidad de la persona humana.

7) Siendo una relación de poder, la relación de trabajo es un espacio propicio para la discriminación. Por eso, la discriminación en el trabajo es un fenómeno cotidiano y universal.

8) El elemento esencial –no el único, pero sí el principal– para determinar cuándo una diferencia es discriminatoria, reside en su injustificación.

9) La discriminación laboral puede producirse antes, durante o después de la relación de trabajo.

10) Se presume la ilicitud del tratamiento diferenciado. Por lo tanto, es necesario probar la existencia de motivo justificante de la diferencia.

11) El acto discriminatorio es nulo. La desigualdad no justificada debe ser eliminada por violatoria no solamente de varios derechos fundamentales, sino además, por violatoria de los fundamentos de todos los derechos humanos: la igualdad y la dignidad.

