

---

Eduardo Goldstein

LA DISCRIMINACIÓN  
RACIAL  
POR ORIGEN NACIONAL Y ETNIA  
EN LAS  
RELACIONES LABORALES



FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA



FUNDACIÓN  
DE CULTURA UNIVERSITARIA

---

igualdad en cualquiera de sus aspectos o manifestaciones: igualdad ante la ley, de trato o de oportunidades<sup>119</sup>.

10. Del examen de las definiciones anotadas, concluimos que el concepto de discriminación no se subsume en una noción de carácter puramente formal y estática, sino que presenta caracteres y notas de sustantividad, dinamismo y que refiere a todo trato desigual infundado ya sea vertical (trato de empleador al o los trabajadores), horizontal (entre trabajadores) y vertical a la inversa (de trabajadores hacia el empleador o sus representantes)<sup>120</sup>. De ese modo resulta trascendente para determinar el acaecimiento de un trato discriminatorio en el sentido señalado por los autores citados, el efecto desfavorable que el mismo provoca en la(s) víctima(s), más que la motivación del agente ofensor y los medios utilizados para provocarlos. Como advierte Valdés del Ré, esa falta de respeto a la dignidad del ser humano adquiere en cuanto a sus consecuencias dos facetas perniciosas para la víctima objeto de discriminación. En el plano personal e individual un "carácter humillante", inconciliable con el respeto a la dignidad humana y en el plano social, coloca a los individuos y grupos sociales objeto del trato discriminatorio en una situación de exclusión y marginación, cuyas consecuencias se exteriorizan en la privación o brete para acceder al goce de bienes y derechos.<sup>121</sup>

11. En conclusión y siguiendo las enseñanzas de Muiño Fulco: "Un trato desigual en igualdad de situaciones que no responde a causas objetivas lícitas se considera arbitrario, discriminatorio".<sup>122</sup> En ese sentido en las relaciones laborales, tanto el empleador y los trabajadores respecto a aquel y a sus iguales, tienen vedado realizar cualquier tipo de trato, diferenciación, descarte o favoritismo basado en motivos ilícitos y entre ellos, por razones de sexo, raza, color de piel y ascendencia nacional.

12. Visto un panorama general que de la de la temática realizan las diferentes ciencias sociales y jurídicas, dirigiremos la investigación hacia el mundo del trabajo, ámbito de particular dimensión, donde las conductas discriminatorias se suceden a menudo y dentro de ella la motivada por razones de raza, etnia y origen nacional.

<sup>119</sup> Cfr. Neves Mujica, Javier en "La igualdad y sus efectos: El Derecho a no ser discriminado", en página web: [www.oit.org.pe/spanish/260ameri/oitreg/](http://www.oit.org.pe/spanish/260ameri/oitreg/), pág. 3

<sup>120</sup> En opinión coincidente Valdez del Ré, Fernando en "Los derechos fundamentales de la persona del trabajador" AAVV, en el libro de informes generales del XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Montevideo, Uruguay, 2 al 5 de Setiembre de 2003, págs. 107/108

<sup>121</sup> Cfr. Valdez del Ré, Fernando en "Los derechos fundamentales...", ob. cit. pág. 108.

<sup>122</sup> Cfr. Muño Fulco, Ramón en "El principio de igualdad y las fuentes del Derecho del Trabajo", AAVV, en "Treinta y seis estudios sobre las fuentes del Derecho del Trabajo", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995, página 43.

### CAPÍTULO III

#### EL DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL A LA NO-DISCRIMINACIÓN RACIAL, ÉTNICA Y POR ORIGEN NACIONAL EN LAS RELACIONES LABORALES<sup>123</sup>

1. Desde una perspectiva filosófica e histórica, Arendt sostiene que los derechos humanos engloban un proceso en constante construcción de la ciudadanía, que se expresa a partir de la declaración de los derechos del hombre de 1789 y del que subraya el principio de que "La Declaración de los Derechos del Hombre a finales del siglo XVIII fue un momento decisivo en la Historia. Significaba nada más ni nada menos que a partir de entonces la fuente de la Ley debería hallarse en el Hombre y no en los mandamientos de Dios o en las costumbres de la Historia. Independientemente de los privilegios que la Historia había conferido a ciertos estratos de la sociedad o a ciertas naciones, la declaración señalaba la emancipación del hombre de toda tutela y anunciaba que había llegado a su mayoría de edad". Ese hombre "completamente emancipado y completamente aislado, que lle-

<sup>123</sup> En concordancia con la doctrina rioplatense a nuestro juicio "derechos humanos" y "derechos fundamentales" son sinónimos, atento a que los derechos humanos inherentes a la personalidad humana son fundamentales esenciales y propios de la dignidad humana, Cfr. "Investigación sobre la aplicación de los principios y derechos fundamentales en el Uruguay", N° 205, Programa Infocus para la declaración, Ermida Uriarte, Oscar en "Derechos Humanos laborales en el Derecho Positivo Uruguayo", pág. 11, y Barreto Ghione, Hugo en "Introducción. I.1. Derechos Laborales y Derechos Humanos", pág. 21.

A nivel doctrinario, existe otra posición que sostiene que derechos humanos y derechos fundamentales no guardan identidad, en la medida que los primeros pertenecen al ámbito de la axiología, son innatos, individuales, imprescriptibles, irrenunciables e inalienables; proceden de la naturaleza del hombre y carecen de eficacia jurídica mientras no sean positivizados. Cuando son positivados en el ordenamiento jurídico, tienen todas las consecuencias que éste les atribuye y son asegurados por los medios de control de su ejercicio que el mismo derecho positivo establece como garantía frente a abusos de la autoridad. Se encuentran limitados por el propio derecho.

Puede profundizarse en el tema en Huerta Ochoa, Carla en "La estructura jurídica del derecho a la no discriminación", en "Derecho a la no discriminación", AAVV, Coordinador de la Torre Martínez, Carlos, Instituto de investigaciones jurídicas, Consejo Nacional para prevenir la discriminación, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, primera edición, 2006, pág 194 y sgtes.



vaba su dignidad dentro de sí mismo”, comprendió que contaba con “*la existencia de un derecho a tener derechos*” (el destaque nos pertenece)<sup>124/125</sup>.

La autora subraya que los derechos humanos son una invención humana, en constante proceso de construcción, desconstrucción y reconstrucción. Revela la importancia de la elaboración por parte del ser humano, producida colectivamente mediante múltiples experiencias, con testimonios de dolor y de lucha, pero también de apuesta e imaginación. En ellos se inspiran numerosas ideas y aspiraciones que progresivamente se han venido convirtiendo en herramientas destinadas a frenar o limitar las arbitrariedades y las injusticias, pero también a proveer los remedios y condiciones para garantizar el ejercicio de los derechos.

De ese modo, todo individuo de la especie humana es un sujeto dotado de un haz de derechos fundamentales inherentes a su condición de tal, los cuales deben ser promovidos y salvaguardados en su goce y ejercicio efectivo entre otros instrumentos, por el ordenamiento jurídico y gozar de protección procesal.

Siguiendo las enseñanzas de Ferrajoli, los derechos fundamentales son “*aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar*”<sup>126</sup>.

2. Dentro del conjunto de los derechos humanos inherentes a la persona – señala Ermida Uriarte –, hay un número importante de derechos laborales. Esos derechos están supraordenados en la Constitución de la República y en las normas internacionales y por esa razón, se vuelven indisponibles para el legislador, la administración y para el operador jurídico en general<sup>127</sup>. En otras palabras, el mismo autor asevera: “*El derecho de los derechos humanos, punto de convergencia del Derecho Internacional y el Derecho Constitucional, admite la existencia de normas supranacionales que se imponen a la soberanía de los Estados en aquellas materias que son de orden público internacional, por constituir principios básicos de la convivencia internacional. Estos que constituyen el “jus cogens”, incluyen el respeto de los derechos fundamentales por encima de los intereses y voluntades de los Estados*”<sup>128</sup>.

<sup>124</sup> Cfr. Arendt, Hannah, en “*Los orígenes del totalitarismo*” Tomo 2. Imperialismo, Alianza Editorial, traducción de Guillermo Solana, Madrid, 2002, págs. 422, 423 y 430.

<sup>125</sup> Cfr. Arendt; Hannah, en “*Los orígenes ...*”, ob. cit. págs. 422/423

<sup>126</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi en “*Los fundamentos de los derechos fundamentales*”, Editorial Trotta, Madrid, 2001, pág. 19

<sup>127</sup> Cfr. Ermida Uriarte, Oscar en “*Derechos Humanos Laborales*, ob. cit. pág. 11.

<sup>128</sup> Cfr. Ermida Uriarte, Oscar en “*La declaración sociolaboral del MERCOSUR y su aplicabilidad judicial*” en sitio web del Instituto Uruguayo de Trabajo y la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de la República, Montevideo, sección “Lo mas nuevo”: [www.rau.edu.uy/universidad/inst\\_derecho\\_del\\_trabajo/lomas\\_nuevo](http://www.rau.edu.uy/universidad/inst_derecho_del_trabajo/lomas_nuevo).

La evolución inspirada por un lado y destinada hacia el objetivo por otro del reconocimiento con cada vez mayor vigor de la supralegalidad y la supraconstitucionalidad de los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos concebidos como universales, y dentro de ellos los derechos fundamentales laborales con “*la consiguiente inmunidad respecto a la legislación interna*”, constituye – destaca Barbagelata – un gran paso no sólo que se ha dado, sino que empieza a darse. La misma evolución se constata en la aplicación extensiva de su tutela a los derechos de la ciudadanía en la empresa y los derechos laborales no específicos<sup>129</sup>, de allí que constituye una misión trascendente, alzarse contra el descreimiento de aquellos que todavía sustentan que los postulados y normas contenidas en los instrumentos internacionales y regionales de protección de esos derechos, son “*catalogados y casi menospreciados bajo el mote de meramente programáticos*”.<sup>130</sup> Agrega el autor (refiriéndose al ordenamiento jurídico uruguayo, en razonamiento válidamente extensible a la teoría general de los derechos humanos y dentro de ellos los laborales), que: “*La previsión constitucional sobre auto-ejecución de los derechos y garantías fundamentales que se corona con la remisión a los instrumentos aptos para ese fin..., obsta a que se considere que los tratados internacionales son meramente un cuadro de aspiraciones, directrices o principios políticos*”..., concluyendo más adelante: “*...los derechos laborales fundamentales que integran el sistema universal de derechos humanos...conforman el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales*”.<sup>131</sup>

Rodríguez Mancini, en una posición coincidente, expresa que “*los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos, que se hallan reconocidos expresamente en documentos constitucionales – en sentido amplio – a los fines de su conocimiento más directo y preciso, pero sin que ello implique, obviamente, que derechos humanos que no se encuentren expresamente enunciados, sean desconocidos como esenciales y propios de la persona humana por lo que merecen de la misma protección y respeto*”<sup>132</sup>.

En ese entorno, los derechos fundamentales de la persona que abarcan todos los aspectos de su vida, así como los laborales tienen su especial reconocimiento en el Derecho del Trabajo en lo que la doctrina juslaboralista ha dado en llamar la “*ciudadanía en la empresa*” o “*ciudadanía laboral del trabajador*”.

<sup>129</sup> Cfr. Barbagelata, Héctor Hugo en “*Un minuto para preguntarse dónde está y hacia donde va el Derecho del trabajo*”, en rev. Der. Lab. N° 226, Montevideo, Abril-Junio 2007, pág. 305

<sup>130</sup> Cfr. Barbagelata, Héctor Hugo en “*Un minuto para preguntarse...*”, ob. cit. pág. 304

<sup>131</sup> Cfr. Barbagelata, Héctor Hugo en “*El Juez de Trabajo y los Derechos Humanos Laborales*”, en revista Judicatura, N° 45, Montevideo, Agosto de 2007, págs. 15, 16 y 17.

<sup>132</sup> Cfr. Rodríguez Mancini, Jorge en “*Los derechos fundamentales en las Relaciones Laborales*”, en XV Jornadas Rioplatenses de Derecho del trabajo y la Seguridad Social, Rosario, 18 y 19 de Mayo 2007, pág. 1, versión en CD.

Ermida Uriarte expresa que este concepto aborda tres aspectos: el primero, aumenta el ámbito de autonomía del trabajador, el segundo, reside en que éste al ser un ciudadano, "apunta a democratizar ese espacio y dominación que es la empresa, y a cuya extensión y profundización había contribuido el contrato de trabajo, atribuyéndose efectos que excedían en muchos aspectos la esfera de lo jurídicamente disponible", y el tercero, consistente en la aparición de nuevos derechos, la extensión o reelaboración de otros y que no son de escasa importancia que le imponen límites al empleador, tales como y a vía de ejemplo la libertad de vestimenta, la apariencia física, medidas de control, etc.<sup>133</sup> Consecuentemente y siguiendo la opinión de Palomeque, "Se produce por ello, desde este punto de vista, una «impregnación laboral» de tales derechos generales mediante su ejercicio por parte de los trabajadores en el marco de una relación laboral, de tal forma que llegan a convertirse en auténticos derechos laborales por razón de los sujetos que los ejercen y por razón de la naturaleza de la relación jurídica en la que se disfrutan"<sup>134</sup>. Así en ese ámbito privado que constituye la empresa donde se desarrollan las relaciones laborales, no compone un recinto segregado del respeto, protección y aquellas garantías propias de toda persona que por el sólo hecho de ser tal merece<sup>135</sup>.

Tanto los derechos laborales específicos como los inespecíficos definen el marco normativo de las relaciones de trabajo y resultan limitantes para el poder empresarial. Como opina Valdés del Re, "El régimen de libertades, derechos y principios constitucionales lleva ineluctablemente asociado a un sistema de límites a los poderes empresariales, de entre los cuales la primacía indiscutible la ocupan los derechos fundamentales. En un ordenamiento pluralista (...), los derechos fundamentales se erigen en límites infranqueables que al empresario no le es dable desconocer en uso de su poder de dirección"<sup>136</sup>.

Debe tenerse en cuenta que la empresa es un ambiente donde existe una relación de subordinación, en la que como señala Ackerman<sup>137</sup>, "el trabajador percibe el salario a cambio de su libertad", por lo que constituye sin lugar a dudas, un lugar con acentuada potencialidad, proclive y pasible a que se cometan acciones u omisiones de resorte discriminatorio. En otras palabras, la empresa se constituye en una

<sup>133</sup> Cfr. Ermida Uriarte, Oscar en "Derechos Humanos Laborales...", ob. cit. pág. 14

<sup>134</sup> Cfr. Palomeque López, Manuel Carlos, en "Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos", en AA VV: (Dir. Sempre Navarro, Antonio. V., y Coord. Martín Jiménez, Rodrigo): El modelo social en la Constitución Española de 1978, MTAS, Madrid, 2003, pág. 229.

<sup>135</sup> Cfr. Caamaño Rojo, Eduardo en "El Derecho a la...", ob. cit., pág. 1.

<sup>136</sup> Cfr. Valdés Del Re, Fernando, en "Poderes del Empresario y Derechos de la Persona del Trabajador", en Aparicio Baylos (Coords.), Autoridad y Democracia en la Empresa, Editorial Trotta, Madrid 1992, pág. 29.

<sup>137</sup> Cfr. Ackerman, Mario, inédito. Nota de apuntes de nuestra autoría en la exposición realizada en la Facultad de Derecho en la Universidad de la República, Escuela de Postgrados, conferencia "Tres aristas de actualidad en el derecho del trabajo", 13 y 14 de Diciembre de 2006.

pequeña república en las entrañas del Leviatán<sup>138</sup>, en la que «la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para el trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano»<sup>139</sup>.

3. Ha de verse también como destaca Ermida Uriarte, que las relaciones laborales "son relaciones de poder, con lo cual ofrecen un campo propicio no sólo para la discriminación, sino para potenciar la discriminación, porque esa discriminación que ya nos viene servida desde la vida social, familiar, etc., encuentra la posibilidad de un ejercicio potenciado en una relación de subordinación, entre quien dirige y quien es dirigido"<sup>140</sup>. De allí que deben desarrollarse dentro de un ámbito de respeto de los valores esenciales tales como la libertad, la dignidad e igualdad de oportunidades, de modo tal de tender a la consecución de un régimen más justo y solidario en las relaciones de capital, producción y trabajo<sup>141</sup>.

En términos similares Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer apunta a señalar que "la vigencia de los derechos fundamentales en la empresa y en el contrato de trabajo evita que el trabajador «sometido» al poder de dirección deje de ser un ciudadano libre, y supone la tutela del trabajador no sólo frente a la explotación económica, sino también como persona y como ciudadano, salvaguardando su libertad, su dignidad y su integridad física y moral, lo que transforma pero no desnaturaliza al Derecho del Trabajo".<sup>142</sup>

De esa manera, los derechos humanos fundamentales, presentan como aspecto medular su eficacia horizontal (conocido en la doctrina alemana como "Drittwirkung"), en tanto el cúmulo de normas internacionales, regionales, constitucionales y del *jus cogens*, que conjugan el bloque de constitucionalidad, se aplican sin estridencias además de la relación entre el Estado y los ciudadanos, entre los sujetos particulares. En lo que al Derecho Laboral refiere, a las relaciones trabajador-empleador<sup>143</sup>.

<sup>138</sup> Cfr. Romagnoli, Humberto siguiendo a Hobbes, Thomas en "Estructura de la empresa", en AAVV, "Los trabajadores y la Constitución", Sociedad de Estudios Laborales, Madrid, 1990, pág. 78

<sup>139</sup> Cfr. Molina Navarrete, Cristóbal en "Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales. El paradigma de la «Drittwirkung» laboral a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional", en revista de Trabajo y Seguridad Social., Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, Julio-Septiembre, N° 3, 1991, pág. 90.

<sup>140</sup> Cfr. Ermida Uriarte, Oscar en "La mujer en el Derecho del Trabajo. De la protección a la promoción de la igualdad". Trabajo publicado en Brasil del que consultado el autor existe una versión menor que no incluye la cita. Puede verse igualmente la idea en Ermida Uriarte, Oscar en "El Derecho laboral y las mujeres: de la protección a la igualdad", en "Normas discriminatorias de las mujeres", Cuadernos de la Facultad de Derecho, Tercera Serie N° 10, Montevideo 2003.

<sup>141</sup> Cfr. Caamaño Rojo, Eduardo en "El Derecho a la...", ob. cit. pág. 2.

<sup>142</sup> Cfr. Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, Miguel en "Poder de dirección y derecho contractual", en Relaciones Laborales, Revista crítica de teoría y práctica, N° 19-20, Oct. 2005, Madrid, pág. 31.

<sup>143</sup> Cfr. Sotelo Márquez Ana en "La dignidad en la protección jurisdiccional en los derechos fundamentales", en revista Judicatura, N° 45, Montevideo, Agosto de 2007, pág. 40.



Esos derechos, aparejan como consecuencia natural la obligación correspectiva en quienes deben respetarlos (el Estado, el empleador, los compañeros de trabajo, los subordinados, etc...).

Todos los sujetos que se relacionan dentro de la estructura de la empresa (pública o privada), con mayor o menor intensidad, atendiendo la posición jerárquica que en su estructura ocupan, tienen la obligación ineludible de acatar esos derechos.

Naturalmente que por la posición que ocupa, el empleador (particular o el Estado en su rol de tal) será por antonomasia quien debe asumir el cumplimiento activo de esa obligación, por él ser el sujeto llamado a garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos fundamentales en la empresa.

Como asienta Sotelo Márquez, en definitiva *"los derechos humanos serían bidireccionales y correlativos...por lo tanto tendrían deberes que le son correlativos en el ámbito de la empresa"*<sup>144</sup>.

4. Razonablemente el Derecho del Trabajo no se subsume en la actualidad solamente en la tuitividad tradicional referente a la protección de aquellos mínimos derechos emergentes de la relación contractual con el empleador, a los que debemos agregar en el ámbito colectivo los de la libertad sindical y autotuelta. Además comprende todos los derechos fundamentales del trabajador como tal y como persona incluyendo los inespecíficos laboralizados y no laboralizados, reconocidos tanto por el *"jus cogens"*, los instrumentos internacionales y la Constitución. Como expresa Javillier, el Derecho Laboral constituye *"Un elemento de equilibrio social y económico, y un instrumento de tutela de valores fundamentales de la persona humana"*.<sup>145</sup>

De allí —señala Rosenbaum—, los derechos fundamentales del trabajador comprenden una proyección laboral y social más amplia, por la cual a éste ha de reconocérsele su derecho a participar individual o colectivamente en todas las manifestaciones del trabajo, y a gozar y ejercer los derechos fundamentales, que le resultan inherentes a su personalidad humana<sup>146</sup>. Y en palabras de Molina Navarrete *"la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para el trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano"*.

5. Entre los derechos fundamentales de la persona humana *"strictu sensu"* y de todo aquel sujeto que se encuentra en una relación de trabajo, se encuentra el derecho a no ser discriminado.

<sup>144</sup> Cfr. Sotelo Márquez Ana en *"La dignidad en la..."*, ob. cit., pág. 42.

<sup>145</sup> Cfr. Javillier, Jean Claude, en *"El futuro del Derecho del Trabajo"*, X Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo 1989, pág. 39.

<sup>146</sup> Cfr. Rosenbaum Rímolo, Jorge en *"Los derechos fundamentales del trabajo en el nuevo orden económico"*, en Cuadernos PROLAM/USP, año 2, vol. 2, San Pablo, 2003, pág. 42.

Algunos autores como De la Torre, lo califican de *"meta-derecho"* que se coloca incluso por encima de los demás, dado que su función primordial es garantizar que todas las personas, sin ningún tipo de diferenciación razonable, puedan ejercer libremente y en igualdad de condiciones, todos los derechos fundamentales<sup>147</sup>.

Se trata de un derecho personalísimo, subjetivo, esencial, oponible *"erga omnes"*, que se adquiere antes del nacimiento, que perdura hasta la muerte y que encuadra dentro de la clásica clasificación de Palomeque, entre los denominados derechos humanos inespecíficos (aquellos que son los que se reconocen a todos los habitantes, sin distinción de su posición jurídica, simplemente por el hecho de ser personas), frente a los llamados derechos humanos específicos (entendidos éstos como aquéllos que se reconocen a los sujetos del derecho del trabajo, tanto en la faz individual como colectiva)<sup>148</sup>.

En igual sentido Ermida Uriarte afirma que dentro de los denominados derechos fundamentales inespecíficos, se encuentran aquellos derechos humanos esenciales a la persona, los que mal pueden verse afectados por la celebración de un contrato de trabajo e incluye dentro de los mismos a la dignidad, puntal como veremos del derecho a no ser discriminado<sup>149</sup>.

6. Partiendo de esa clasificación, Rodríguez Mancini destaca que en el ámbito del Derecho del Trabajo, aparecen los denominados *"derechos inespecíficos laboralizados"*, que son aquellos que han sido objeto de un tratamiento expreso en el ordenamiento laboral<sup>150</sup>, a diferencia de los no laboralizados, los que igualmente deben ser considerados como pertenecientes a los sujetos laborales ya que alcanzan a todos los habitantes<sup>151</sup>.

Sobre la base de esta sistematización, incluye al derecho a no ser discriminado dentro de los denominados derechos inespecíficos laboralizados y de los no laboralizados, en la medida que la discriminación afecta tanto a la persona por su

<sup>147</sup> Cfr. De la Torre Martínez, Carlos en *"El desarrollo del derecho a la no discriminación en el Sistema de Derechos Humanos de las Naciones Unidas"*, en AAVV, Coordinador de la Torre Martínez, Carlos, Instituto de investigaciones jurídicas, Consejo Nacional para prevenir la discriminación, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, primera edición, 2006, pág. 124.

<sup>148</sup> Palomeque López, Manuel Carlos en *"Los derechos laborales en la Constitución Española, Centro de Estudios Constitucionales"*, Madrid, 1991, págs. 5-31.

<sup>149</sup> Cfr. Ermida Uriarte, Oscar en Ermida Uriarte, Oscar en *"Derechos Humanos Laborales..."*, ob. cit. pág. 14.

<sup>150</sup> Vg. Entre los se incluyen el derecho de trabajar; derecho a no ser discriminado y a trato igual; libertad de pensamiento; derecho a la intimidad; derecho de reunión; derecho a la protección de la integridad física y a la seguridad e higiene en el trabajo; protección del trabajo infantil; salvaguarda de la reproducción y seguridad social. Cfr. Rodríguez Mancini, Jorge en *"Los derechos fundamentales..."*, ob. cit. págs. 10/11.

<sup>151</sup> Cfr. Rodríguez Mancini, Jorge en *"Los derechos fundamentales..."*, ob. cit. pág. 8.

condición de tal, como al individuo que se encuentra en una relación de subordinación jurídica.

En ese entorno, el legislador ha considerado apropiado extrapolar los derechos inespecíficos al ordenamiento jurídico laboral, declarando su operatividad expresa como una manifestación del ejercicio particular de ese derecho fundamental, del mismo modo que los demás sujetos ejercerán ese derecho en otras relaciones jurídicas ajenas a esta disciplina<sup>152</sup>.

7. Conforme viene de verse, la trascendencia del derecho a no ser discriminado es de tal envergadura que además de constituir un derecho humano fundamental reconocido a toda persona física sin distinción de especie alguna, se refuerza en el Derecho del Trabajo en tanto conforma uno de los principios fundamentales de la disciplina.

Corolario de ello es que ningún ser humano que habite el universo puede verse privado de éste, ya sea por acción u omisión tanto de los particulares, como del Estado, so pena de menoscabar su dignidad<sup>153</sup>.

Las conductas discriminatorias se observan (como señaláramos supra Nrales. 1 y 2 del presente capítulo) en el ámbito de las relaciones laborales. Siguiendo la definición de Castro Castro estas consisten "...en toda distinción, exclusión o preferencia de trato que, ocurrida con motivo o con ocasión de una relación de trabajo, se base en un criterio de raza, color, sexo, religión, sindicación, opinión política o cualquier otro que se considere irracional o injustificado, y que tenga por efecto alterar o anular la igualdad de trato en el empleo y la ocupación"<sup>154</sup>.

No obstante, ese derecho fundamental no es ilimitado, pues innegable es que el derecho reconoce que hay o puede haber diferencias morales, éticas y jurídicamente aceptables al momento de brindar un trato de igualdad entre las personas, y que de ningún modo impliquen un trato que atente contra el derecho a no ser discriminado.

Por lo tanto no toda diferenciación es discriminatoria. Si lo serán aquellas en las que el empleador, "...aparentando hacer lo que considera su legítimo derecho, premia a un trabajador por considerarlo mejor que otro, cuando en la realidad lo

<sup>152</sup> Cfr. Rodríguez Mancini, Jorge en "Los derechos fundamentales...", ob. cit. pág. 9.

<sup>153</sup> La dignidad es para Jesús González Pérez el rango o la categoría que corresponde al hombre como ser dotado de inteligencia, libertad, distinto y superior a todo lo creado que comporta un tratamiento acorde a la naturaleza humana. Cfr. González Pérez, Jesús en "La dignidad de la persona", Editorial Civitas, Madrid, 1986, pág. 112.

<sup>154</sup> Cfr. Castro Castro, José Francisco en "Discriminación en las Relaciones Laborales. Algunos casos particulares", Dirección de Trabajo, Gobierno de Chile, Boletín Oficial, N° 149/2001, Santiago de Chile, 2001, pág. 8.

que ocultamente subyace es una quiebra del principio de igualdad por razones espurias, persecutorias o simplemente discriminatorias"<sup>155</sup>.

8. A este respecto el Tribunal de Justicia de las Cortes Europeas, en la sentencia Bilka Kaufhaus<sup>156</sup>, indicó que cuando se pruebe que un grupo estadísticamente identificado es objeto de una disposición desfavorable, el empresario puede demostrar que la medida causante está justificada si obedece a una finalidad legítima, ajena a cualquier discriminación, a partir de medios que respondan a un verdadero requisito de la empresa, necesario y proporcionado.

Del mismo modo las Directivas de la Unión Europea de fechas del 29 de junio de 2000 referente a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y la del 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, señalan los mismos criterios: las justificaciones deben ser objetivas, asentadas por una finalidad legítima y aplicadas con medios adecuados y necesarios.

<sup>155</sup> Cfr. Muiño Fulco, Ramón en ob. cit. pág. 44

<sup>156</sup> Bilka, Caso C-189/84, Rec. 1607. La sentencia fue dictada el 13 de mayo de 1986. En la causa se cuestionaba inicialmente si en el concepto de salario o retribución debían incluirse los beneficios derivados de un fondo de pensiones establecido por la empresa al margen del sistema público de seguridad social. El problema aparece porque las normas que regulan ese fondo de pensiones exigen a los trabajadores a tiempo parciales el haber trabajado a tiempo completo al menos durante 15 años en esa empresa, si desean acogerse a los beneficios de tal fondo.

La demandante había trabajado a tiempo completo en la empresa algo más de 10 años, haciéndolo después a tiempo parcial; aducía que el requisito de los 15 años discriminaba realmente a los trabajadores femeninos. El Tribunal afirma: "el régimen de pensiones de empresa, cuestionado en el litigio principal... halla su origen en un acuerdo, firmado entre Bilka y el consejo de empresa que representa a sus empleados...

El origen convencional y no legal del régimen cuestionado está confirmado por el hecho de que dicho régimen y la reglamentación relativa al mismo se considera, como se ha recordado antes, que forman parte integrante de los contratos entre Bilka y sus empleados.

En estas condiciones es preciso concluir que... las prestaciones debidas a los empleados en virtud del régimen cuestionado constituyen una ventaja social pagada por el empresario al trabajador en razón del empleo de este último, en el sentido del Art. 119, párrafo segundo".

En el caso BILKA el órgano judicial se pregunta si la política de personal seguida por esa sociedad (consistente en excluir de su sistema de pensiones a los trabajadores a tiempo parcial, salvo que hubiesen cumplido el requisito de los 15 años de trabajo a tiempo completo) viola el Art. 119 (actual Art. 141) del tratado, al incidir en mucha mayor medida sobre trabajadores femeninos que masculinos. Así el Tribunal decide:

"El Art. 119 del tratado CEE es violado por una sociedad de grandes almacenes que excluye a los empleados a tiempo parcial del régimen de pensiones de empresa cuando esta medida afecta a un número mucho más elevado de mujeres que de hombres, a menos que la empresa demuestre que dicha medida se explica por factores objetivamente justificados y extraños a toda discriminación fundada en el sexo". Cfr. As. 170/84, sent. de 13 de mayo de 1986, p.1626, cons. 28-30. Puede verse la decisión en la página web: [www.eoc.org.uk/Default.aspx](http://www.eoc.org.uk/Default.aspx).



De allí que podrá haber trato diferenciado que no implique discriminación, en la medida que exista un carácter objetivo del motivo invocado como justificación y que no esté vinculado a una característica de la propia persona.

Ese criterio objetivo debe por definición ser ajeno a cualquier discriminación, recayendo sobre el empresario la obligación de probar que ha tenido en cuenta los efectos que sus medidas ocasionan en el grupo de trabajadores implicados<sup>157</sup>. Pero lo que no es admisible bajo ningún concepto es que el Estado pueda imponer diferencias, equiparaciones o desequilibrios en las ventajas y cargas sociales que distribuye, si ellas no están normativa y públicamente justificadas<sup>158</sup>, ni que los particulares también lo hagan en base a motivos arbitrarios, espurios y antijurídicos.

Y este último aspecto, referido a los particulares es de gran repercusión, porque existe la comprobación fáctica de la existencia cada vez más vasta por parte de sujetos sociales privados que ejercen porciones significativas de poder, de modo tal que ya no solamente es el Estado quien puede amenazar los derechos fundamentales de las personas a través de su ejercicio, sino también los sujetos creados al amparo del derecho privado. Ello es así, en la medida que junto al Estado como veterano agresor de las libertades individuales, han aparecido fundamentalmente las empresas multinacionales y grupo económicos, que ostentan muchas veces un poder superior a aquel, ejercitando una postura hegemónica frente a las personas, en las que en muchas oportunidades atemorizan con hacer ilusorios varios de los derechos fundamentales<sup>159</sup>.

Habrà discriminación y por tanto vulneración del derecho humano fundamental a no ser discriminado, cuando se recurra a criterios de diferenciación antijurídicos (vg. raza, sexo, religión, sexo, etc.)<sup>160</sup>

9. El derecho fundamental a no ser discriminado tiene su fundamento como hemos visto en la dignidad de la persona y en la igualdad de derechos entre todos los seres humanos.

Por esa razón, no basta solamente con la prohibición de dar tratamientos diferenciados y/o que las normas del más alto rango prohíban las diferencias de trato injustificadas para atender la situación de determinados individuos o colectivos con el fin de lograr en la medida de lo posible su igualdad sustancial en la sociedad. Lo que se hace imperioso además, es el establecimiento de políticas y medidas activas

<sup>157</sup> Cfr. Moreau, Marie Ange en "Las justificaciones de las discriminaciones", en página web [www.juridicum.su.se/stockholmcongress2002/moreau\\_spanish.pdf](http://www.juridicum.su.se/stockholmcongress2002/moreau_spanish.pdf), pág. 159 y 161 y sgtes.

<sup>158</sup> Cfr. Gómez, Gastón y Figueroa, Rodolfo, en "Discriminación en contra de la mujer", Informes de Investigaciones Jurídicas N° 8, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, Octubre 2000, pág. 6

<sup>159</sup> Cfr. Caamaño Rojo, Eduardo en "El Derecho a la...", págs. 15/16.

<sup>160</sup> Cfr. Rey Martínez, Fernando en "El derecho fundamental a no ser discriminado por razones de sexo", Editorial Mc Graw Hill, Madrid, 1996, pág. 319.

adicionales que tiendan a compensar a los sujetos afectados en esa situación de inferioridad.

Debe tenerse presente, incluso, que un tratamiento formalmente igual, neutro, puede resultar sin embargo ilegítimo porque sus efectos son perjudiciales para determinado colectivo.

Por consiguiente, el derecho humano a no ser discriminado no se protege exclusivamente con disposiciones prohibitivas o punitivas, sino que como veremos, requiere acciones positivas y afirmativas que combatan y erradiquen las conductas discriminatorias, a la vez que importa para el Estado una obligación activa y otra pasiva.

La activa, consistente en que la autoridad emprenda acciones que procuren la igualdad sustantiva entre las personas; y la pasiva, referente a la abstención de realizar distinciones mediante normas jurídicas, políticas o acciones que no se encuentren justificadas<sup>161</sup>.

Ese derecho en tanto derecho fundamental es exigible tanto frente a la autoridad (entendida esta en un sentido lato, Estado, Organismos Internacionales, etc.), como a los particulares.

10. En conclusión, el derecho fundamental a no ser discriminado en cuanto es inherente a la persona humana, inalienable, irrenunciable, anterior, superior e indisponible a cualquier ordenamiento jurídico, no sólo merece, sino que exige la eficacia, promoción, protección, garantía y aplicación de parte de los poderes públicos. Junto a los demás derechos fundamentales conforman un axioma y principio de todo ordenamiento jurídico, pues siguiendo a Bobbio: «*el problema fundamental en relación con los derechos humanos, hoy, no es tanto analizarlos o justificarlos, sino protegerlos y comprometerse con ellos. No es un problema filosófico, sino político y ético*»<sup>162</sup>.

<sup>161</sup> Cfr. Huerta Ochoa, Carla en ob. cit. "La estructura jurídica...", ob. cit. págs. 188/189.

<sup>162</sup> Cfr. Bobbio, Norberto en "El tiempo de los derechos", Editorial Sistema, Madrid, 1991, pág. 21.

## CAPÍTULO IV

## EL PRINCIPIO DE “NO-DISCRIMINACIÓN” EN EL CASO DE LA EXCLUSIÓN POR RAZONES DE RAZA, ETNIA U ORIGEN NACIONAL EN LA RELACIONES DE TRABAJO

1. En una visión “*minimalista*”, proverbial es que los principios de cualquier disciplina jurídica constituyen: “*líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos*”<sup>163</sup>. Los principios, constituyen al decir de Vázquez Vialard: “*fundamento último y primordial*”<sup>164</sup>, en tanto son axiomas anteriores y superiores a las normas de derecho positivo.

Para Huerta Ochoa, se trata de cláusulas genéricas, que enuncian “*modos de ser del derecho*”<sup>165</sup>.

Se trata entonces de valores que orientan a los operadores jurídicos tanto para interpretar la ley, para complementarla en caso de vacíos legales y orientar su aplicación.

Otras posturas, equiparan a los principios a “*reglas*” específicas cuando de derechos humanos se habla<sup>166</sup>. Sin entrar a polemizar entre las diferentes posturas, desde una perspectiva histórica positiva, éstos están insertos en el derecho positivo, y desde la óptica *jus naturalista* (valga la plétora), son los principios en los cuales tiene su origen el ordenamiento jurídico.

<sup>163</sup> Cfr. Plá Rodríguez, Américo en “*Los principios del Derecho del Trabajo*”, 3ª edición actualizada, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998, pág. 14.

<sup>164</sup> Cfr. Vázquez Vialard, Antonio, en “*Tratado de Derecho del Trabajo*”, Tomo 2, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982, pág. 127.

<sup>165</sup> Cfr. Huerta Ochoa, Carla en “*La estructura jurídica...*”, ob. cit. pág. 192.

<sup>166</sup> En esta concepción los derechos humanos constituyen principios fundamentales que permiten la libertad individual de llevar una vida digna. Son reglas comunes del comportamiento humano que conforman sociedades estables, pacíficas y equitativas.



Por un lado el *positivismo jurídico* sostiene que ellos informan al ordenamiento jurídico, que están expresados en las normas positivas y que son deducidos por inducción de aquellas, partiendo de la idea de que el derecho positivo es por sí solo suficiente para resolver todos los problemas.

El *jus naturalismo* en cambio, sostiene que estos son suprapositivos, anteriores y superiores al ordenamiento positivo universal, al que informan y dan fundamento. En definitiva, se tratan de juicios de valor inherentes a la naturaleza intrínseca del hombre.

La idea de principio implica las de fundamento, causa, razón y juricidad. En ese sentido, el derecho positivo se fundamenta en los principios, a la vez que desde el punto de vista técnico-jurídico, el operador jurídico subsidiariamente deberá recurrir a aquéllos en casos de vacío normativo para resolver la situación concreta, (integración del derecho), o incluso para desaplicar las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico y los contravengan (vg. caso de inconstitucionalidad).

En la medida que se trata de juicios de valor anteriores a la formulación de la norma positiva, que se refieren a la conducta de los hombres en su influencia intersubjetiva y que fundamentan la creación normativa legal o consuetudinaria, constituyen verdaderas reglas que prevalecen antes que la norma, y aún dentro de ella.

Los derechos humanos están insertos dentro de los principios generales del derecho y son fuente de los derechos fundamentales. Su afirmación —señala Peces Barba—, tiene el sentido de indicar que los principios que acoge el derecho positivo (vg. los valores del respeto a la dignidad humana, o el principio de libertad)<sup>167</sup> sirven para dar recepción a los derechos humanos cuando faltan normas expresas, y para incitar su inclusión en ellas.

2. Todo sistema jurídico debe apoyarse necesariamente en principios, que son su base axiológica y dogmática. Constituyen el armazón fundamental de la disciplina y la mantienen firme y sólida<sup>168</sup>, ya que aquel que careciera de esa plataforma

<sup>167</sup> Para Peces-Barba, Gregorio (positivista moderado), los derechos fundamentales encuentran sustento en un sistema de valores previo y sólo alcanzan su plenitud cuando: 1) una norma jurídica los reconoce, 2) de tal norma se desprenden un conjunto de facultades o derechos subjetivos y, 3) los titulares pueden contar con el aparato coactivo del Estado para la protección de tales derechos. Su concepto comprende "...tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica" Cfr. "Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General", Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999, pág. 37

<sup>168</sup> Cfr. Plá Rodríguez, Américo en "Curso de Derecho Laboral", Tomo I, vol. 1, Ediciones IDEA, Montevideo, 1990, pág. 43.

sería —al decir de Pasco Cosmópolis—, "un conjunto desarticulado de leyes sin alma ni espíritu"<sup>169</sup>.

3. Dentro de los principios del Derecho del Trabajo, Plá Rodríguez incluye el de "no-discriminación". El principio de no discriminación tiene por objeto garantizar la igualdad de trato entre los individuos cualquiera que sea su nacionalidad, sexo, raza u origen étnico, su religión o sus creencias, discapacidad, edad u orientación sexual, etc..

Asimismo para Neves Mujica, el principio de "no-discriminación", aparece como un mandato emanado del principio de igualdad y refiere a la prohibición específica de discriminar y que se sustenta sobre la máxima de que "nadie puede ser discriminado por ninguna razón".

En concreto para el autor, consiste en "la actuación dinámica del principio de igualdad y del concepto que se tenga por discriminación, de acuerdo a los valores que se tengan por privilegiados en una determinada sociedad"<sup>170</sup>.

4. Históricamente, la "no-discriminación" constituyó uno de los temas a los que el pensamiento jurídico dio gran trascendencia, en la medida que su significación implica que todas aquellas personas que son portadoras de rasgos comunes, sean tratadas de la misma manera, sin diferenciación de especie alguna, ni en desventaja, ni en beneficio de unos pocos<sup>171</sup>. Ahora bien, este principio "lleva a excluir todas aquellas diferenciaciones que colocan a un trabajador en una situación inferior o más desfavorable que el conjunto. Y sin ninguna razón válida ni legítima"<sup>172</sup>, o como señala Petzold-Pernía «la exigencia de que en una norma o conjunto de normas jurídicas generales no hayan distinciones fundadas en criterios de relevancia, cuya utilización está prohibida por normas constitucionales, legales, reglamentarias, consuetudinarias, o bien, por principios jurídicos suprapositivos»<sup>173</sup>.

5. La idea de diferenciación en sí no es contraria a derecho. No obstante la discriminación cuando reviste las características de arbitraria, basada en prejuicios, estereotipos y hechos que en definitiva aniquilan la igualdad de oportunidades entre las personas, va de suyo que si constituye una trasgresión a la dignidad del ser humano.

<sup>169</sup> Cfr. Pasco Cosmópolis, Mario, en "Reafirmación de los principios del Derecho del Trabajo", en AAVV "Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano", libro homenaje al Prof. Américo Plá Rodríguez, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo, 2004, pág. 24

<sup>170</sup> Cfr. Neves Mujica, Javier en "La igualdad y sus efectos...", ob. cit. pág. 2.

<sup>171</sup> Cfr. Zielinski, Tadeuz, tomando las opiniones de Perelman, Chaim y Rowls, John, en "Discriminación en el empleo", en ponencias oficiales del XV Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Buenos Aires, setiembre 1997, pág. 88.

<sup>172</sup> Cfr. Plá Rodríguez, Américo en "Los principios...", ob. cit. pág. 415

<sup>173</sup> Cfr. Petzold-Pernía, Hermann en "La igualdad como fundamento de los derechos e la persona humana". Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, N° 47, Caracas, 1993, pág. 70.

Este tipo de discriminación injusta puede asumir diferentes exteriorizaciones, y una de las más comunes es la que se presenta en las relaciones laborales. En efecto, no podemos soslayar que los seres humanos a través de la contraprestación de su trabajo no sólo pueden acceder a un nivel de vida suficiente y satisfacer sus necesidades psicofísicas, sino también su realización como personas dentro del orden social en el que se insertan. De allí que cuando se discrimina a un grupo de personas, en el caso que nos convoca por su raza, origen nacional o etnia en una relación de trabajo, puede mantenerse a esa minoría en forma constante en estado de pobreza y de subordinación, pues los puestos de trabajo de mayor jerarquía le son vedados por los prejuicios que conllevan al trato discriminatorio. No obstante, toda diferenciación que tenga una razón válida y/o legítima, no debe ser considerada discriminación.

Efectivamente, como preconiza Vázquez Vialard, será discriminatoria: "... toda diferencia por razones de sexo, religión, raza o cualquier otro criterio, que no responda a causas objetivas fundadas en "principios de bien común", pero cualquier igualdad que exceptúe toda posibilidad de diferenciación, "... nos introduciría a un crudo igualitarismo que no responde a nuestros principios, ni a una sana convivencia".<sup>174</sup> De modo que no todo tratamiento jurídico diferencial forzosamente es contrario a derecho. Solamente será aquel que esté basado en fundamentaciones y motivos antijurídicos e ilícitos, que importe un tratamiento desigual.

A vía de ejemplo el ordenamiento jurídico uruguayo no ha consagrado el principio de la equiparación salarial absoluta, sancionando únicamente la discriminación fundada en motivos ilícitos. En ese entorno el empleador puede premiar la laboriosidad e idoneidad con un salario mayor, sin incurrir en prácticas discriminatorias ilícitas.

En tanto se respeten los mínimos salariales correspondientes a la categoría del trabajador respectivo, el empleador podrá pactar diferencias salariales entre dependientes que realicen igual o similar tarea.

Al respecto, Plá Rodríguez ha señalado que: «surge de la letra de los convenios internacionales que lo que se prohíbe es la discriminación injustificada, o sea, la distinción, exclusión o preferencia basadas en motivos ilegítimos (raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional, origen social)». El autor concluye que la normativa internacional «no habilita para la equiparación salarial en todo caso de diferencia.»<sup>175</sup>

En el mismo sentido De la Cueva sustenta que "...la iniciativa individual no puede dejar de considerarse y sería contrario a la equidad y, sobre todo, contrario

<sup>174</sup> Cfr. Vázquez Vialard, Antonio "Derecho del Trabajo y la Seguridad Social", Tomo I, séptima edición, Astrea, Buenos Aires, 1996, pág. 440.

<sup>175</sup> Cfr. Plá Rodríguez, Américo en "Curso...", Tomo III, vol. 2, pág. 111.

al concepto de justicia, que a diferentes esfuerzos correspondiera idéntica retribución, pues es manifiesto que en esas condiciones, lo único que se lograría es la destrucción de la iniciativa individual y, consiguientemente, que cada trabajador redujera su actividad a la rendida por el menos apto o menos inteligente".<sup>176</sup>

6. Aplicando el método inductivo de razonamiento, a partir del enfoque de la discriminación en el salario, podemos concluir que todo favorecimiento que el empleador realice, fundado en legítimas razones (como el caso de la mayor laboriosidad, capacidad, rendimiento y dedicación del o los trabajadores beneficiados), consistente en beneficios que superen los mínimos establecidos por el ordenamiento jurídico (vg. ascensos, vacaciones, etc.), no atentará contra el principio de "no discriminación".

En otras palabras pero sentando el mismo concepto, Krotoschin afirma que "...el empleador...no debe discriminar arbitrariamente entre los iguales"<sup>177</sup>.

7. Adentrándonos al enfoque del principio de "no-discriminación" en la (valga la tautología) discriminación racial, étnica o por origen nacional, no podemos dejar de pasar por alto que en la evolución histórica del pensamiento jurídico si bien el génesis del principio proviene de la naturaleza racional humana y comporta abstracciones que los individuos hacen respecto al comportamiento que deben seguir las personas dentro de una sociedad, antes de su consagración como principio universal, viene determinado por cada sociedad, relacionado intrínsecamente con su cultura.

Lo expuesto implica que históricamente hubo y contemporáneamente existen sociedades de la comunidad internacional, donde se valora el principio diametralmente opuesto al de "no-discriminación"; es decir donde la discriminación constituye uno de los pilares del ordenamiento jurídico. Así, y a vía de ejemplo "el principio de discriminación racial", en los estados del sur de los Estados Unidos hasta entrados los años 60 del Siglo XX o en el régimen del apartheid en Sudáfrica<sup>178</sup>, constituían un axioma fundamental del orden de esas sociedades.

En cambio en los Estados de Derecho democráticos el principio de "no-discriminación", constituye una máxima en clara consonancia con el respeto a la dignidad humana.

Por lo tanto, estamos en condiciones de afirmar que el principio de "no-discriminación", por razones de raza, origen nacional o etnia, constituye un valor fundamental para determinadas naciones del globo, que portan características, sociales,

<sup>176</sup> Cfr. De la Cueva, Mario en "Derecho Mexicano del Trabajo" Tomo I, 5ª edición, Editorial Porrúa, México 1969, pág. 858.

<sup>177</sup> Cfr. Krotoschin, Ernesto en "Instituciones de Derecho el Trabajo", 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1968, pág. 513.

<sup>178</sup> Vide supra Nral. 9º del subcapítulo II.i.



culturales y de valores defendidos y que afortunadamente aunque a paso cansino, va conquistando países y sociedades que se encuentran al margen del mismo.

No obstante, no podemos soslayar que en el mundo actual existen sociedades donde la discriminación como principio es aceptada<sup>179</sup>, pero lo que es peor aún, en países donde el principio de “no discriminación” forma parte de los pilares del ordenamiento jurídico, en la práctica y por un sinfín de factores, se vuelve una mera ilusión.

8. En el estado actual de la evolución del derecho y de la conciencia jurídica universal, el principio de “no-discriminación” por razones raciales, origen nacional o etnia, está recogido y positivizado en distintos instrumentos internacionales, regionales y nacionales. En esa línea, los Estados que conforman la comunidad internacional asumen la obligación de sancionar normas jurídicas y desarrollar políticas públicas que combatan la discriminación en las relaciones de empleo, de modo tal que sostener un trato discriminatorio basado en las razones antes señaladas, no sea compatible con el principio de “no-discriminación”, tornándose en una conducta reprobada y reprimible por el derecho.

9. Pese a los avances y recogimiento por parte del derecho positivo del principio de “no-discriminación”, “Cada día, en cada lugar de trabajo en las distintas regiones del mundo, la discriminación constituye una triste realidad para cientos de millones de personas”, afirma el Director General de la OIT Juan Somavía<sup>180</sup>.

<sup>179</sup> Vg. La discriminación por motivos de religión, etnia, orientación sexual y otras condiciones estaba muy extendida en varios países de Asia, mientras que el sectarismo religioso del conflicto de Irak generó tensiones entre sunnitas y chiíes. En Irán aumentó cada vez más el descontento entre los miembros de las minorías árabes, azerbaiyana, kurda y baluchi por la discriminación y la represión de que seguían siendo objeto, mientras que los miembros de las minorías religiosas –bahaíes, sufíes de la Orden Nematollahi y cristianos– eran víctimas de detención u hostigamiento debido a su fe. Los bahaíes sufrían también discriminación en Egipto, donde tenían que hacerse pasar por fieles de otros credos para conseguir documentos oficiales como el carné de identidad o el certificado de nacimiento.

En Siria seguía ejerciéndose discriminación contra la minoría kurda, millares de cuyos miembros eran, de hecho, apátridas y carecían, por tanto, de igualdad de acceso a derechos económicos y sociales básicos, mientras que en Qatar continuaron sin resolverse los casos de unas 2.000 personas a las que se había privado de su nacionalidad en años anteriores. Las autoridades de Israel impusieron más medidas discriminatorias a la población palestina bajo la ocupación militar israelí, como reforzar el sistema de controles de seguridad y carreteras separadas creado para los colonos israelíes residentes en los Territorios Ocupados. En países como Myanmar (Birmania en su denominación en lengua castellana), Sri Lanka, Timor Oriental, donde existen desplazados internos, restricciones a la libertad de circulación a minorías nacionales.

Fuente Amnistía Internacional, Informe 2007, “El estado de los derechos humanos en el mundo”, página web: <http://thereport.amnesty.org/es/>.

<sup>180</sup> Cfr. “Primer informe global sobre discriminación en el trabajo”, 12.05 03, en sitio web: <http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/newsroom/hechos/discrima.htm>.

En el primer informe de la OIT sobre la discriminación en el trabajo del 12 de Mayo de 2003, a título enunciativo entre sus conclusiones se advierte que, la discriminación sigue siendo un problema común en el lugar de trabajo. Si bien algunas de las formas más flagrantes de discriminación en el empleo pueden haber disminuido, muchas continúan existiendo y otras han adquirido conductas nuevas o menos visibles. A vía de ejemplo menciona el fenómeno de la migración que ha exacerbado ciertos problemas como la xenofobia y la discriminación racial y religiosa y más recientemente, nuevas formas de discriminación por discapacidad, VIH/SIDA, edad u orientación sexual las que se han convertido en una causa de preocupación creciente.

Asimismo el informe concluye que el fracaso en la erradicación de la discriminación contribuye a perpetuar la pobreza. Las personas discriminadas se encuentran a menudo entre los más indigentes dentro los pobres, y la pobreza es más grave entre las mujeres que en otros grupos discriminados.

En el informe se afirma que la discriminación genera una red de pobreza, trabajo infantil, trabajo forzoso y exclusión social; y agrega que «la eliminación de la discriminación es indispensable para cualquier estrategia viable tendiente a la reducción de la pobreza y al desarrollo económico sostenible.»<sup>181</sup>

10. En el segundo informe global sobre discriminación en el trabajo, de fecha 10 de Mayo de 2007, se señala que a pesar de algunos progresos (planes de acción, elaboración de leyes y programas que combaten las desigualdades), todavía son fundamentales las discriminaciones por (entre otras), motivos de raza.<sup>182</sup>

<sup>181</sup> Cfr. cit. “Primer informe global...”.

<sup>182</sup> En el mundo, hay 86 millones de emigrantes y los puestos de trabajo asignados a ellos no acostumbran tener en consideración la formación y calificación de cada uno. Son siempre designados para trabajos sucios, peligrosos y degradantes, en los cuales la protección legal o práctica acostumbra ser ineficiente, y hasta incluso inexistente. Para las mujeres inmigrantes, la situación es todavía peor, pues sufren una doble discriminación: por su condición de inmigrante y por el género.

Los musulmanes también han enfrentado una enorme discriminación en el trabajo, especialmente después del 11 de septiembre. No sólo en los Estados Unidos, sino en todos los países industrializados, los musulmanes son víctimas de comentarios ofensivos sobre sus creencias y prácticas religiosas. Además de que algunos patrones, no aceptan pedidos derivados de las especificidades de la religión, como el uso de ropas y velos.

La discriminación de raza según la OIT, tuvo una leve caída en Brasil y en África del Sur, pero sigue fuertemente presente en países que niegan tenerla y por tanto hacen todavía más difícil su combate. Es el caso de las regiones ubicadas en los Grandes Lagos (África) y en los Balcanes (Este Europeo). El avance brasileño y en algunos países de América Latina es consecuencia de programas públicos destinados a terminar con la discriminación. La OIT destaca en Brasil a la secretaria especial encargada de políticas de promoción de la igualdad racial, y en México, en 2003, la creación del Consejo Nacional de Prevención de la Discriminación que, en 2006, hizo su primera política pública contra la discriminación.

Finalmente la OIT resalta además «la necesidad de que la ejecución de la legislación contra la discriminación sea más efectiva, de que los gobiernos y las empresas adopten iniciativas no normativas y de que se fortalezca el potencial de los interlocutores sociales para ser más eficientes en áreas de igualdad en los lugares de trabajo»<sup>183</sup>.

11. A manera de colofón y siguiendo las enseñanzas de Ferrajoli: «La igualdad en los derechos fundamentales resulta así configurada como el igual derecho de todos a la afirmación y tutela de la propia identidad, en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso a todos los otros y de cada individuo una persona como todas las demás». «...De ello se sigue que las diferentes identidades pueden ser reconocidas y valorizadas en la misma medida en que, partiendo no de la declaración de la proclamación de la abstracta igualdad, sino del hecho de que pesan en las relaciones sociales como factores de desigualdad en violación de la norma sobre igualdad, se piensen y elaboren no solo las formulaciones normativas de los derechos, sino también sus garantías de efectividad»<sup>184</sup>.

Por eso, el principio de «no-discriminación», converge insolublemente al lado del «principio de igualdad» y ambos responden tanto en un sentido positivo y negativo respectivamente a una idéntica finalidad: el principio de *igualación social* o de *compensación de las desigualdades sociales*, pues como señalara Arendt: «la pluralidad es la condición de la acción humana debido a que todos somos lo mismo, es decir, humanos, de tal manera que nadie es igual a cualquier otro que haya vivido, viva o vivirá»<sup>185</sup>.

La igualdad se concretiza a través de la prohibición de las discriminaciones fundadas, básicamente, en la raza, el credo, la condición social sexo, etc., e involucra el rechazo de las diferencias o tratos peyorativos que se funden en criterios de referencia incompatibles con el ordenamiento jurídico.

El imperativo de *igualación social* supone la percepción de desigualdades firmes, preexistentes o en su caso, latentes. En consecuencia, impone una conducta activa dirigida a facilitar la progresiva «*igualación*» de los grupos sociales históricamente marginados. Ello supone acciones afirmativas, focalizadas a superar las

<sup>183</sup> Vide informe de la 96ª conferencia en el sitio web de la OIT, [www.ilo.org/declaration.com](http://www.ilo.org/declaration.com) y también en revista Chile Responsable, edición 30 de Julio de 2007, sitio web: [www.chileresponsable.com/doc/publica/p00.html](http://www.chileresponsable.com/doc/publica/p00.html)

<sup>184</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, en «Derechos y garantías. La Ley del más débil», Editorial Trotta, Madrid, 2001, pág. 76.

<sup>185</sup> Cfr. Arendt, Hannah en «La Condición Humana». Editorial Paidós, Barcelona, 1993, pág. 22.

desventajas sociales que padecen individuos que integran determinados colectivos en función de su raza, origen nacional o etnia<sup>186</sup>.

Ese es en nuestra opinión el objetivo al que el principio de «no discriminación» debe ir dirigido. Por un lado excluir las situaciones de discriminación existentes, y por otro igualar socialmente a los grupos afectados.

Sin embargo, percibido el fenómeno desde una perspectiva jurídica pura, podría llegar a sostenerse que la «no-discriminación» puede ser enfocada como un medio en procura de la igualdad. En ese caso el principio sería el de la igualdad y la «no discriminación» un instrumento para ello. Pero visto desde el sujeto de imputación de esos derechos, tienen un titular: el ser humano singularmente considerado.

Lo expuesto se traduce en que los derechos humanos, tienen como sujeto al hombre en cuanto pertenece a la especie humana, al que le reconocemos innegables especificaciones particulares y propias de cada uno (vg. hombre, mujer, alto, bajo, delgado, obeso, etc.). Esta utilización de la palabra «hombre», en singular, cuando nos referimos a sus derechos, tiene un significado importante, que radica en admitir dos aspectos: a) que el ser humano es el sujeto de esos derechos en razón o por causa de ser un individuo de la especie humana, y b) que por esa misma razón todo ser humano los titulariza. No uno solo, ni unos pocos, sino todos y cada uno<sup>187</sup>.

Con lo dicho, la universalización implica que cada ser humano es sujeto de esos derechos por el simple hecho de pertenecer a la especie humana. De allí que todos los seres humanos –en cuanto tales– se encuentran en pie de igualdad en la titularidad de sus derechos. No existen quienes tengan mejores derechos que otros o que otros carezcan de ellos. Estos derechos son iguales en cada sujeto. Pero esa igualdad, que no implica necesariamente un igualitarismo, sino más bien un reconocimiento de la sustancialidad del hombre con sus diversas singularidades, entendidas como las características propias personales y sociales de cada sujeto, hace que como afirmara con acierto Facio Montejo, de que todos somos desiguales, es a partir del reconocimiento de esa diversidad (desigualdad) entre los individuos, que deban instaurarse mecanismos que permitan gozar de todos los derechos humanos sin distinción<sup>188</sup>.

Ergo la «no-discriminación», constituye un principio que a partir de que todos los seres humanos somos desiguales, todos podemos y debemos gozar los derechos humanos fundamentales sin diferenciación de especie alguna.

<sup>186</sup> Cfr. De Lucas, Javier en «La igualdad ante la Ley», en El Derecho y la Justicia. Editorial Trotta, Madrid, 1996, pág. 497.

<sup>187</sup> Cfr. Bidart Campos, Germán J., «Teoría general de los derechos humanos», México, UNAM, México, 1989, págs. 13 y 14

<sup>188</sup> Vide supra Nral. 3º Subcap. II.v.i.



## CAPÍTULO V

### LA NO-DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO POSITIVO

#### V.i. La normativización del derecho humano fundamental y principio de la “no-discriminación” en el ordenamiento jurídico internacional<sup>189</sup>

##### V.i.i. Prefacio

1. La “no-discriminación” ha sido reconocida como derecho humano fundamental en el ámbito universal, por diferentes instrumentos jurídicos internacionales y regionales.

En ese reconocimiento se halla la aspiración de garantizar la igualdad no sólo formal sino también sustancial entre los seres humanos, como la concreción más acabada de la idea de la dignidad.

Estas ambiciones de igualdad de trato y de oportunidades que presentan como garantía el contrapeso de la prohibición de discriminar, constituyen valores esenciales en el pensamiento de la comunidad jurídica internacional.

2. Las personas, nos enseñan las máximas de la experiencia y las ciencias (sociales y naturales), no somos iguales ni social, ni biológica, ni culturalmente. Por el contrario, somos considerablemente heterogéneos, tanto en nuestras características internas, tales como la edad, el género, las capacidades generales, los talentos particulares, la propensión a las enfermedades, etc., como en las circunstancias externas: vg. la extracción social, la formación cultural, la ideología, la religión, etc.

3. La ética nos exige tratarnos de manera igual (o desigual según sea el caso), en aras de la justicia<sup>190</sup>. Ese trato deberá ser siempre con respeto y consideración,

<sup>189</sup> Puede verse en el anexo, una síntesis normativa sistematizada y reagrupada entre aquellas de contenido genérico cuyo contenido no se subsume exclusivamente al área laboral (internacional y regional) y aquellas que refieren específicamente al Derecho del Trabajo subdivididas del mismo modo que las anteriores

<sup>190</sup> Cfr. Palacios Zuloaga, Patricia en “La no-discriminación. Estudio de la Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no-discriminación”, LOM Ediciones Limitada, Santiago de Chile, Junio 2006, pág. 26

porque de no serlo, en la medida que la persona no es un medio, sino un fin en la que convergen el cúmulo de los derechos humanos fundamentales, destratarla entre otras formas por medio de conductas discriminatorias, implicaría ultrajar un valor superior como es el caso de la dignidad.

De allí que, siguiendo las enseñanzas de Alexy cuando habla de la paradoja de la igualdad, expresa que todo aquel que desee crear una igualdad de hecho tiene que aceptar una desigualdad de trato jurídico; y en las antípodas, dada la desigualdad fáctica de las personas, la igualdad de derecho permite siempre que existan algunas desigualdades de hecho que, incluso resultan agravadas o vigorizadas<sup>191</sup>.

Esa diversidad, requiere el rechazo del igualitarismo formal, por lo que Alexy llama a la reflexión y precaución en la aplicación de la concepción de ese tipo de igualdad. Expresa el autor que *"Si el principio general de la igualdad se limitara a una práctica universalista de decisión, el legislador podría llevar a cabo cualquier discriminación sin violarlo, siempre que lo presentara bajo la forma de normas universales, algo que siempre es posible. Bajo esta interpretación, la legislación nacionalsocialista contra los judíos no violaría la fórmula "hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual"*.

*"Se llega a una vinculación concreta del legislador sólo si la fórmula "hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual" no es interpretada como exigencia dirigida a la forma lógica de las normas sino como exigencia de su contenido, es decir, no en el sentido de un mandato de igualdad formal sino material."*<sup>192</sup>.

4. Pues bien, el rumbo de las normas internacionales va en esa dirección y veremos como a través de sus principales enunciados, se encaminan a través de la erradicación de la discriminación, hacia la igualdad sustantiva de los seres humanos.

### V.i.ii. Aspectos relevantes de la normativa internacional

1. El legislador internacional y regional en el ámbito general luego de la finalización de la segunda guerra mundial, se preocupó en tratar el tema de la no-discriminación como derecho humano fundamental, en tanto emana de la propia esencia y existencia de la persona como tal.

2. Ese reconocimiento importa que el mismo se pueda realizar y gozar dentro del orden social del mismo modo que todos los derechos que le son inherentes, por lo que el ordenamiento jurídico debe asegurar su ejercicio y establecer los límites dentro de los cuales se puede desarrollar.

<sup>191</sup> Cfr. Alexy; Robert en *"Teoría de los derechos fundamentales"*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 402 y siguientes.

<sup>192</sup> Cfr. Alexy, Robert, en *"Teoría..."*, ob. cit., pág. 386.

Debe tenerse presente que al igual que el resto de los derechos fundamentales, *"debe crearse una cultura que comprenda que el deber de asumir las obligaciones de respeto de estos derechos son obligatorios no tan sólo por la fuerza, sino por el bien común, la paz y la justicia"*.<sup>193</sup>

3. Ha de verse en la evolución de las normas internacionales que a pesar del carácter enunciativo de los caracteres personales y sociales<sup>194</sup> afectados por las conductas discriminatorias, la mención a texto expreso se ha ido engrosando, atento a que el legislador internacional ha advertido la aparición de nuevas situaciones jurídicas, conmovidas por acciones y omisiones de esa naturaleza.

A vía de ejemplo a la enumeración de la Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948 donde menciona la raza, color, sexo, lengua, religión, ideología política y otras, nacionalidad, origen social, situación financiera, de nacimiento o de otro tipo, la Convención Internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares de 1990 agrega el idioma, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición y la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR, adiciona la orientación sexual y la opinión sindical. La política legislativa de dejar abierta la posibilidad a la inclusión de otros factores (como el caso del literal b del Art. 1º del Convenio N° 111 de la OIT), se compadece aunque parezca de Perogrullo con el principio *"pro homine"*, consistente de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en:

- A. Por un lado la interpretación extensiva de los derechos fundamentales;
- B. Por otro, la interpretación restrictiva de sus limitaciones.

De allí que cualquier aspecto de la vida humana que de motivo a la práctica de una acción discriminatoria, queda comprendido dentro de la tutela de las normas señaladas.

Lo expuesto, es sintomático de la preocupación que genera la aparición cada vez mayor de diferentes caracteres de las personas que son afectados por actitudes discriminatorias.

4. En el ámbito estrictamente laboral, son varias las deducciones que se extraen de las normas.

La Declaración de Filadelfia de 1944 proclama el principio de igualdad de oportunidades para la búsqueda de la prosperidad material y espiritual de todos los seres humanos, sin diferenciación de raza, credo o sexo.

<sup>193</sup> Cfr. Valenzuela, María Teresa en *"La exigibilidad del principio de no-discriminación en el empleo"*, AAVV, revista Laboral Chilena N° 109, Agosto 2002, pág. 74.

<sup>194</sup> Siguiendo la clasificación de Alves Lima. Vide supra literal D, C, Nral. 4, subcapítulo II.v.ii.



En la Declaración de 1998, ya se habla en forma más genérica de la *no-discriminación*, sin hacer referencia a la idea de protección, centrando la cuestión, en el empleo y en la ocupación.

5. La Declaración Sociolaboral del MERCOSUR, en su primer artículo garantiza la igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades en el empleo, sin distinción de sexo u orientación sexual de raza, origen nacional, color, edad, credo, opinión política o sindical, ideológica, posición económica o cualquier otra condición social o familiar, agregando el compromiso estatal de realizar acciones encaminadas a eliminar la discriminación en el trabajo.

6. El Convenio N° 100 de la OIT sobre igualdad de remuneración, establece la obligación estatal de promover la igualdad y de garantizarla en la medida de lo posible.

7. El Convenio N° 111 la OIT, agrega que el fomento de la igualdad de oportunidades y de trato "*es asunto de interés público*". Debe señalarse también que atento a la definición de éste Convenio, norma específica que refiere a todo tipo de discriminación en el trabajo, ésta para ser catalogada de tal debe contener dos elementos:

A. La distinción, exclusión o preferencia basada en los motivos enunciados en el Art. 1° (raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social),

B. Que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Queda excluida como conducta discriminatoria la calificación del trabajador exigida tanto para el acceso a un empleo, para la conservación de los puestos de trabajo, en las posibilidades de ascensos y en el acceso a la formación profesional.

8. Como conclusiones generales, advertimos, que el legislador se ha preocupado en que las normas no se constituyan en meras declaraciones de reconocimientos y principios, sino que obligan a los Estados parte a aplicar medidas legislativas y políticas activas, en pro de:

A. Erradicar la discriminación por medio de acciones direccionadas a ese objetivo.

B. Promover medidas positivas y políticas activas para asegurar el acceso al empleo en igualdad de condiciones.

C. Trato igualitario en la formación profesional y durante la vigencia de la relación laboral.

9. Específicamente en lo referente a la discriminación racial, por origen o ascendencia nacional o etnia, al celebrarse el 75 aniversario de la Comisión de Exper-

tos de la OIT, la Oficina Internacional del Trabajo publicó un informe general sobre las normas internacionales de trabajo<sup>196</sup>.

Al tratarse el capítulo correspondiente a la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo, se abordó el tema de la discriminación<sup>199</sup>.

El informe, establece ciertas definiciones respecto a los términos enumerados taxativamente por el Convenio Internacional N° 111 de la OIT y que son motivo de discriminación.

Respecto a la discriminación, el convenio (que ampara todas las discriminaciones derivadas de la legislación o las prácticas), específicamente en la protección contra la discriminación sustentada en la raza y el color, el problema principal no radica tanto en encontrar una definición de los términos utilizados, sino en luchar contra los valores negativos de quienes practican conductas discriminatorias y le atribuyen genotipos negativos a las personas discriminadas.

En estos casos, las políticas de los Estados, aplicadas especialmente por medio de programas de acciones positivas, deberían fijarse la meta de lograr la igualdad de oportunidades para todos los grupos que componen su población.

En el caso de la ascendencia nacional, la Comisión de Expertos ha subrayado que la eliminación de la discriminación por razones de la extracción nacional u origen étnico es esencial para lograr un desarrollo sostenido, y más aún debido al resurgir de signos de intolerancia y racismo.

Deben darse los pasos adecuados para alzar la conciencia pública y promover el respeto, la tolerancia y el entendimiento entre las diferentes comunidades étnicas que conviven en una misma sociedad. Aquí resulta ineludible incluir a los grupos étnicos minoritarios y a aquellos otros que utilizan un idioma diferente al de la mayoría de la población<sup>197</sup>.

10. No obstante y sin perjuicio que lo primordial para la Comisión de Expertos es la lucha contra la discriminación, define a la "*raza*" y "*color*", abogando que "*la diferencia de color es sólo una, aunque la más obvia, de las características étnicas*

<sup>196</sup> "Las normas internacionales del trabajo. Un enfoque global. 75° aniversario de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones", Ginebra 2001. El trabajo fue dirigido por Javillier, Jean y coordinado por Odero, Alberto.

<sup>196</sup> El informe fue elaborado por Thomas, Constance y Horii, Yuki, y fue publicado en su versión en castellano por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España en el informe "*Derechos fundamentales en el trabajo y normas internacionales*". La edición original de esta obra ha sido publicada por la Oficina Internacional del Trabajo (Ginebra) bajo el título "*Fundamental rights at work and international labour standards*". La edición española se publica con la autorización de la OIT, Madrid 2003.

<sup>197</sup> Cfr. Informe de Thomas, Constance y Horii, Yuki. en "*Igualdad de oportunidades...*", ob. cit., pág. 84.

que diferencian a los seres humanos". Sin embargo ambos conceptos no guardan identidad, dado que pueden existir diferencias de color entre personas de una misma raza.

Según el Convenio (sostiene el informe), el término "raza" se lo considera en un sentido amplio en tanto comprende en general a las comunidades lingüísticas o minorías cuya identidad se basa en características religiosas o culturales o incluso en la ascendencia nacional. Toda discriminación generalmente dirigida contra un grupo étnico, incluyendo los pueblos indígenas o tribales, es considerada a efectos del Convenio como discriminación racial<sup>198</sup>.

11. En cuanto al concepto de ascendencia nacional contenido en el Convenio, éste no refiere a las diferencias que puede haber entre los ciudadanos de un país y los de otro, sino que "ampara las distinciones hechas basándose en el lugar de nacimiento de una persona, ascendencia u origen extranjero".

Las distinciones hechas entre los ciudadanos de un mismo país fundándose en el origen o el nacimiento en el extranjero de algunos de los ciudadanos constituyen uno de los ejemplos más notorios. En ese orden, puede deducirse que la discriminación basada en el origen nacional significa que la misma puede estar dirigida "contra personas que son ciudadanos del país en cuestión, pero que han adquirido la ciudadanía a través de la naturalización o que son descendientes de inmigrantes extranjeros, o a personas pertenecientes a grupos de extracción u origen nacional diferentes pero que viven en el mismo Estado"<sup>199</sup>.

12. En lo que hace a la aplicación del Convenio N° 111, la doctrina de la Comisión de Expertos en el informe señala atendiendo a lo preceptuado por el Art. 1.3, que la discriminación en cuanto al acceso al empleo y la ocupación, para evitar que este problema se perpetúe y agrave, deben darse oportunidades reales al efecto. De allí que el término "formación" debe comprender tanto el aprendizaje, la educación técnica, la enseñanza general y la orientación profesional de modo tal que permita el acceso a ocupaciones que en principio están impedidas por prejuicios y estereotipos, fundados en que determinadas profesiones están reservadas exclusivamente para un determinado sexo.

El término "ocupación" es comprensivo de la profesión o tipo de trabajo independientemente y sin tener en cuenta la rama de actividad a que pertenece el status profesional; y por acceso al empleo se entiende tanto al de relación de dependencia, como al de por cuenta propia<sup>200</sup>.

<sup>198</sup> Cfr. Informe de Thomas, Constance y Horii, Yuki. en "Igualdad de oportunidades...", ob. cit., pág. 99 y sgtes.

<sup>199</sup> Cfr. Informe de Thomas, Constance y Horii, Yuki. en "Igualdad de oportunidades...", ob. cit., pág. 84.

<sup>200</sup> Cfr. Informe de Thomas, Constance y Horii, Yuki. en "Igualdad de oportunidades...", ob. cit., págs. 87/88.

Finalmente la expresión "términos y condiciones del empleo", comprende todo lo referente a ascensos, estabilidad, igualdad de retribución, seguridad social y todo lo concerniente a la privacidad, seguridad, salud y medio ambiente de los trabajadores<sup>201</sup>.

## V.ii. Eficacia de la aplicación de las normas regionales

### V.ii.i. En el bloque de la Unión Europea

1. La lucha contra las discriminaciones constituye un importante desafío para la Unión Europea, dado que el proceso de integración regional está fundamentado en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como del Estado de Derecho. De allí que el Bloque Regional ha asumido la conciencia del deber de adoptar todas las medidas necesarias para combatir cualquier tipo de discriminación, especialmente si tiene que ver con el empleo y el mercado de trabajo.

2. Asimismo –recordamos– la Decisión N° 771/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 17 de mayo de 2006, ha declarado al año 2007 como el Año Europeo de la Igualdad de Oportunidades para Todos (2007) –hacia una sociedad justa–, cuyas normas fundamentales ya hemos abordado supra Nral 4° subcapítulo II.v.i.

3. En último lugar, la frustrada Constitución Europea en el Art. III-133 prohíbe: "toda discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros con respecto al empleo, la retribución y demás condiciones de trabajo". Dicha prohibición se extiende a los considerados como trabajadores comunitarios de acuerdo con el régimen implantado en la Carta con excepción de los funcionarios públicos (Art. III-133.4 de la Constitución).

4. Respecto al nivel de cumplimiento de las normas en los países de la Unión Europea, el informe publicado por el Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia (OREX)<sup>202</sup>, en cumplimiento de la Directiva N° 2000/43/CE<sup>203</sup> sobre igualdad

<sup>201</sup> Cfr. Informe de Thomas, Constance y Horii, Yuki. en "Igualdad de oportunidades...", ob. cit., pág. 89.

<sup>202</sup> Puede verse el resumen del informe íntegro en la en la página web: eumc.europa.eu/eumc/material/pub/ar05/AR05-sum-es.

<sup>203</sup> El Art. 17° de la directiva dispone: "Informe: 1. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión, a más tardar el 19 de julio de 2005 y, a continuación, cada cinco años, toda la información necesaria para que la Comisión elabore un informe sobre su aplicación dirigido al Parlamento Europeo y al Consejo. 2. El informe de la Comisión tendrá en cuenta, cuando proceda, la opinión del Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia, así como los puntos de vista de los interlocutores sociales y de las organizaciones no gubernamentales correspondientes. Con arreglo al principio de la integración de la igualdad entre los sexos, dicho informe facilitará, entre otras cosas, una evaluación de la incidencia de las medidas tomadas sobre las mujeres y los hombres. A la vista de la información recibida, el informe incluirá, en caso necesario, propuestas de revisión y actualización de la presente Directiva".



racial de fecha 29 de Junio de 2000 y que refiere a las iniciativas legislativas e institucionales contra el racismo y la discriminación correspondiente al año 2005, (que abarca el estudio de los hechos ocurridos en los 25 estados miembros de la Unión durante 2004), el capítulo dedicado a la legislación indica:

Que en la aplicación de las Directivas en materia de igualdad racial N° 2000/43/CE y la Directiva N° 2000/78/CE sobre empleo, la mayoría de los Estados miembros las han transpuesto en su totalidad.

A. Se iniciaron procesos contra cuatro Estados miembros –Alemania, Luxemburgo, Austria y Finlandia– ante el Tribunal Europeo de Justicia por no cumplir las exigencias de la Directiva sobre igualdad racial, así como por defectos relacionados con la Directiva sobre igualdad de empleo durante el mismo año.

B. Varios Estados miembros no han instituido el organismo especializado para promover la igualdad de trato y prestar asistencia a las víctimas de la discriminación.

C. Otro aspecto motivo de controversia ha sido el ámbito de aplicación de la legislación adoptada, pues en varios países se han omitido determinados espacios de cobertura, aunque los Estados miembros han sancionado actos legislativos que permiten mejorar la protección de las minorías raciales y étnicas, y de las poblaciones de inmigrantes con arreglo a lo dispuesto en las Directivas de la Unión. No obstante, algunos países han optado por introducir otras medidas legislativas con el fin de limitar diversos derechos y oportunidades de los inmigrantes y las minorías, sobre temas como el derecho de ingreso y la ciudadanía, e incluso el derecho a llevar prendas que simbolizan una fe religiosa.

D. En algunos Estados miembros se ha intentado redefinir el concepto de minoría nacional para ofrecer ventajas a algunos grupos minoritarios sobre otros.

E. Existen indicios alentadores de que algunos Estados miembros están adoptando una legislación que se centra en los delitos racistas.

5. Respecto a la igualdad y no discriminación en el empleo, el informe señala:

A. Las políticas destinadas a luchar contra la discriminación en el mercado de trabajo por una parte, y las políticas adoptadas en algunos Estados miembros para limitar los derechos de nacionales de países terceros por otro, envían mensajes contradictorios.

Existe al parecer, un conflicto entre la necesidad de mano de obra extranjera, el trabajo sin discriminación y el deseo de los Estados miembros de que se vea que hacen algo para limitar y controlar la inmigración.

Si bien la discriminación racial es ilícita aumenta lentamente entre la población, un gran número de trabajadores se encuentran en una situación legal, como

la de poseer un permiso de trabajo restringido que los hace más vulnerables a la explotación y a la discriminación, y que crea exclusión sobre todo entre los trabajadores indocumentados.

La exclusión, a su vez, puede fomentar actitudes racistas entre la población mayoritaria.

B. Los informes nacionales de la mayoría de los Estados miembros coinciden en líneas generales en que han surgido mercados de trabajo segmentados de acuerdo con el origen étnico o nacional.

Los trabajadores inmigrantes o pertenecientes a minorías étnicas tienen una representación desproporcionada en las categorías profesionales más bajas dentro de los sectores de empleo menos prestigiosos.

Pese a que en cada Estado miembro se observan pautas distintas, determinados grupos están sobre-representados entre las víctimas de un trato discriminatorio en el empleo.

C. Normalmente, los trabajadores inmigrantes de África, Oriente Próximo, Asia y América Central y del Sur experimentan una gran discriminación. Asimismo existen indicios de segregación en contra de inmigrantes más recientes, procedentes de países de Europa Oriental, como Rusia y Ucrania.

D. En algunos de los nuevos Estados miembros, la población romaní es especialmente vulnerable a la discriminación en el empleo y experimenta un alto nivel de desempleo.

E. Existen pruebas igualmente que indican que las dificultades que experimentan los ciudadanos extracomunitarios en el mercado de trabajo son similares a las de los nacionales nacidos en el extranjero o cuyos padres nacieron en el extranjero y cuya apariencia es distinta. Por ejemplo, mientras que un 72 % de los ciudadanos iraquíes residentes en Finlandia estaba en paro, la tasa de desempleo de los ciudadanos finlandeses nacidos en Iraq era del 64 %, mientras que la de los finlandeses tan sólo era del 9 %.

F. En cuanto al acceso al trabajo, los investigadores de la Universidad de París presentaron los *currículums vitae* enviados en respuesta a 258 ofertas de empleo, y descubrieron que los candidatos con discapacidades, seguidos por los de origen africano o norafricano, eran los que sufrían el trato más discriminatorio. En Dinamarca, Alemania, Hungría, Países Bajos, Suecia y Reino Unido se efectuaron otras pruebas. Cabe destacar que la mayoría de éstas no fueron llevadas a cabo por investigadores, sino por periodistas televisivos o de la prensa escrita que destacaban las respuestas discriminatorias de las empresas a los candidatos pertenecientes a minorías étnicas.

G. Se observaron asimismo casos concretos de discriminación en el trabajo, como tratos injustificables, acoso racista y despidos, los cuales salieron a la luz en 2004 gracias a los procedimientos judiciales y arbitrales.

H. Si bien la discriminación directa durante la contratación generalmente es oculta y la persona que la sufre no puede verla, se observaron algunos ejemplos flagrantes de negativas a contratar personas de origen romaní.

I. No obstante este desalentador panorama europeo, existen presagios tentadores de una serie de iniciativas destinadas a evitar la discriminación en el empleo. Muchas de ellas están relacionadas con ayudas europeas y/o con programas nacionales creados para la aplicación de Directivas europeas.

En varios Estados miembros, la Administración, las organizaciones patronales y las empresas han desarrollado cartas, códigos o incentivos para las buenas prácticas para la lucha contra el racismo y la discriminación. Asimismo existen varios proyectos concretos destinados a facilitar el acceso al empleo de la población gitana, entre ellos algunas iniciativas financiadas en el marco de los programas europeos PHARE<sup>204</sup> y EQUAL<sup>205</sup>.

### V.ii.ii. *Jurisprudencia en los países en la Unión Europea*

A nivel jurisprudencial, existen fallos judiciales relativos a la discriminación por motivos de raza, origen nacional o etnia.

1. En Irlanda, un tribunal laboral basándose en la directiva sobre igualdad racial declara un despido improcedente por razones de raza.

En el caso es importante recalcar que las Directivas de la Unión sobre igualdad racial e igualdad en el empleo todavía no se habían transpuesto en la legislación irlandesa, basándose igualmente la decisión directamente en las disposiciones de la directiva sobre igualdad racial relativas a la carga de la prueba para dictaminar que en el caso el demandado había discriminado a un empleado congoleño debido a su raza, a pesar de haber alegado que el despido se debía a la realización de una llamada personal desde el trabajo.

En el caso *Massinde Ntoko c/ Citibank* el 8 de marzo de 2004 (EED045), el tribunal se remitió a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo según la

<sup>204</sup> Programa que se centra desde 1989 en la ayuda a los países de Europa Central y Oriental candidatos a ingresar en la Unión, para la aplicación de la legislación comunitaria, financiando la creación de instituciones, proporcionando especialistas de los estados miembros, de instituciones regionales, organismos públicos y organizaciones profesionales.

<sup>205</sup> Programa comunitario dentro de la estrategia del Fondo Social Europeo. Forma parte de la estrategia integrada a nivel comunitario de la lucha contra la discriminación y exclusión social. Su objetivo es combatir el racismo y la xenofobia en el mercado de trabajo.

cual una directiva pendiente de transposición puede servir de base para la interpretación de la legislación nacional en casos de particulares. En estos casos, se insta a los tribunales nacionales a interpretar las disposiciones nacionales en la medida de lo posible a la luz de la formulación y los objetivos de las directivas para alcanzar los resultados pretendidos por ellas.

El acusado tuvo que abonar al demandante una indemnización de 15.000 euros por salarios perdidos y 13.000 euros por perjuicios no pecuniarios para compensar la humillación sufrida y la privación del derecho fundamental a la igualdad de trato y libertad sin prejuicios raciales<sup>206</sup>.

2. Entre las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>207</sup> (en adelante TEDH) referentes al tema de la discriminación de trabajadores por razones raciales, de origen nacional o etnia, y en lo que a los beneficios de la seguridad social, podemos citar el fallo del 30 de Setiembre de 2003 en el caso *Koua Poirrez* contra Francia<sup>208</sup>.

El demandante, originario de Costa de Marfil, residente en la región de París, sufre una discapacidad del 80 %.

A los 21 años fue adoptado por un ciudadano galo, situación que le lleva a solicitar en Diciembre de 1987 la nacionalidad francesa, siéndole esta denegada. Esta decisión fue corroborada por varias instancias judiciales.

Mientras se resolvían sus apelaciones contra el rechazo de la nacionalidad gala, recibe una tarjeta de invalidez, lo que le lleva a solicitar en mayo de 1990, una prestación económica no contributiva en razón de su minusvalía. Su petición fue rechazada al carecer de la nacionalidad francesa. Contra esta negativa el reclamante interpuso recurso de apelación ante el Tribunal de Seguridad Social. El tribunal francés consideró que el rechazo podría vulnerar la normativa comunitaria, por lo que interpuso cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para determinar si la decisión de rechazar la concesión de un subsidio por minusvalía era compatible con el Tratado de la Comunidad Europea.

En sentencia de 16 de diciembre de 1992, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea consideró que la denegación de la ayuda no era incompatible con el

<sup>206</sup> Cfr. Informe anual 2005, Igualdad y no discriminación de la Comisión Europea, empleo y Asuntos Sociales, Derechos fundamentales y lucha contra la discriminación, abril 2005, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2005, impreso en Bélgica pág. 19.

<sup>207</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) es el órgano de protección de las disposiciones contenidas en la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmada en Roma el 4 de diciembre de 1950. La Convención es un Tratado Internacional firmado en el seno del Consejo de Europa, ratificada por 41 Estados, y forma parte del ordenamiento internacional de protección de los derechos humanos.

<sup>208</sup> Puede leerse el fallo íntegro en la página web: [eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri)



Tratado Comunidad Económica Europea. Esta sentencia fue apoyada por la Corte de Apelación de París y la Corte de Casación.

El 11 de Mayo de 1998, se reforma el Código de la Seguridad Social y se suprime la condición de nacionalidad para la concesión de prestaciones no contributivas. Esta circunstancia llevó al demandante a solicitar de nuevo la ayuda por minusvalía que le fue concedida en junio de 1998.

En mayo de 1998, el actor demanda a Francia ante el TEDH por el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en adelante CEDH), alegando la violación del Art. 14 por entender que el rechazo de la solicitud presentada en 1990 era contraria al principio de no discriminación por razón de nacionalidad, y del Art. 6.1 CEDH<sup>209</sup>, por la dilación indebida del proceso judicial que duró más de siete años. El Art. 14 del CEDH establece que *"El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación"*. Este artículo consagra el principio de no discriminación por motivos de raza y/o nacionalidad.

El TEDH configura el principio de no discriminación como un derecho accesorio que no puede ser alegado de forma independiente sino que debe ponerse en relación con otros derechos (sustantivos) del Convenio (los Protocolos Adicionales). De esta forma, el demandante denuncia la supuesta vulneración de los Arts. 14 y 6.1 CEDH en relación con el Art. 1º del Protocolo Primero<sup>210</sup>, permitiendo por el carácter autónomo del principio de no discriminación que el Tribunal entre a analizar la

<sup>209</sup> El Art. 6º 1 dispone: "1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia".

<sup>210</sup> De París del 20 de Marzo de 1952, que establece: "Art. 1. Protección de la propiedad. Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas".

vulneración del Art. 14 aun cuando no considere violado el Art. 1º del Protocolo Primero, tal como sucede en el caso examinado.

Según tiene establecida la jurisprudencia del TEDH, el principio de no discriminación no significa que cualquier distinción de trato en virtud de algunas de las razones enumeradas por el Art. 14 suponga una violación del CEDH.

El TEDH señala tres criterios que distinguen un trato diferenciado de una discriminación. En primer lugar, justificación objetiva y razonable. En segundo lugar, que la distinción de trato persiga una finalidad legítima. En tercer lugar, una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

En el caso Koua Poirrez equipara la situación del demandante con la situación de los ciudadanos franceses, cuando este punto de partida era rechazado en sentencias anteriores. Así, el accionante se encontraba en un contexto jurídico análogo al de los ciudadanos franceses o de los países que hubiesen firmado un convenio de reciprocidad en cuanto a su derecho a la obtención de dicha prestación.

Luego, el origen nacional o la nacionalidad no pueden justificar un trato diferente. El TEDH se decanta por las argumentaciones del demandante y señala la inexistencia de justificación objetiva y razonable en la diferenciación de trato denunciada y condena a Francia por violación del Art. 14 CEDH resolviendo: *"La diferencia de trato, en lo relativo al beneficio de las prestaciones sociales, entre ciudadanos franceses o de países signatarios de un convenio de reciprocidad y los demás extranjeros no se basaba en ninguna justificación objetiva y razonable."* No obstante, en la práctica la jurisprudencia del TEDH ha entendido que frente a las denuncias de discriminación el Estado gozaba de un amplio margen discrecional para determinar los supuestos que merecían un trato diferenciado, lo que le ha llevado a rechazar la mayoría de denuncias de discriminación por razón de nacionalidad.

3. Finalmente podemos citar un fallo de los tribunales de Bulgaria referidos a la discriminación que se ejerce sobre una de las etnias más castigadas por el flagelo de la discriminación.

El 16 de noviembre de 2005 el Sr. Assenov una persona romaní del sexo masculino, obtuvo sentencia favorable a su demanda en una causa planteada ante los Tribunales del Distrito de Sofia.

En 2003 el querellante se postuló para un empleo requerido por una empresa de productos alimentarios. Por teléfono le habían dicho que el único requisito que debía cumplir era ser de sexo masculino y menor de 30 años, pero que los romaníes debían abstenerse de presentar su aspiración.

En 2004, cuando el anuncio de empleo volvió a publicarse, el demandante volvió a presentar una nueva solicitud y cuando le convocaron para una entrevista fue rechazado por ser cingaro.

La empresa a través de su dirección, le manifestó que no esperase ser contratado. Luego de varias semanas se confirmó lo antes señalado y se le informó de que, en efecto, no se le había contratado. La empresa no pudo demostrar que su negativa a darle el puesto de trabajo estaba motivada por la ausencia de calificaciones adecuadas.

El postulante se presentó ante los estrados invocando la Ley Búlgara de Protección contra la Discriminación, y el Tribunal concluyó en su fallo que había suficientes pruebas circunstanciales de un vínculo causal entre la etnia del Sr. Assenov y la negativa de la empresa a contratarle.

Este es un ejemplo de resolución judicial en que se reconoció que hubo discriminación étnica directa en la contratación<sup>211</sup>.

### ***V.ii.iii. Síntesis de la normativa legal laboral vigente en cada Estado de la Unión sobre la discriminación***

El panorama general de los ordenamientos jurídicos de los países de la Unión, nos indican:

1. Austria: Nivel Federal: Ley federal sobre igualdad de trato (aprobada en 1993 y modificada en 2004). Ley sobre la creación de la Comisión de Igualdad de Trato y la Oficina para la Igualdad de Trato. Ambas entraron en vigor el 1º de Julio de 2004.

Nivel Provincial: Ley sobre igualdad de trato de Estiria, servicio de orden vienes, Ley de no discriminación de Viena, Ley sobre igualdad de trato de la Baja Austria y Ley de no discriminación de Carintia.

2. Bélgica: Nivel Federal: Ley de 25 de Febrero de 2003 sobre lucha contra la discriminación por la que se reforma la Ley de 15 de Febrero de 1993 por la que se creó un Centro de Igualdad de Oportunidades y de Lucha contra el Racismo.

Nivel Regional: Decreto de la región/comunidad flamenca de 8 de Mayo de 2002 sobre la participación proporcional en el mercado laboral.

Decreto de la comunidad francófona de 19 de mayo de 2004 sobre la aplicación del principio de igualdad de trato.

<sup>211</sup> Cfr. Conferencia Internacional del Trabajo, 96ª reunión 2007, en Revista Chile Responsable, cit. en sitio web: [www.chileresponsable.com/doc/publica/p00.html](http://www.chileresponsable.com/doc/publica/p00.html), pág 30, fuente Centro Europeo de Derechos de los Roma (ERCC): *Bulgarian court fines employer for denying access to employment to Roma*, 16 de noviembre de 2005, en la dirección: [www.erc.org](http://www.erc.org).

Decreto de la región Valona de 27 de Mayo de 2004 sobre la igualdad de trato en el empleo y en la formación profesional. Decreto de la comunidad germanófona de 17 de Mayo de 2004 sobre garantías de trato igualitario en el mercado laboral. Ordenanza de 26 de Junio de 2003 sobre gestión mixta en el mercado laboral de la región de Bruselas-Capital.

3. Chequia: Ley N° 65/1964 sobre el Código Laboral, modificado por última vez en 2004. Ley N° 361/2003 sobre las relaciones de servicio de los miembros de las fuerzas de seguridad. Conjunto de Leyes N° 221/1999 sobre las relaciones de servicio de los miembros de las fuerzas armadas, tal y como se modificó en 2002. Conjunto de Leyes N° 218/2002 sobre servicios de funcionarios en la administración del Estado y sobre remuneración de funcionarios y otros empleados.

4. Dinamarca: Ley N° 459 (1996) modificada por la Ley N° 253 (2004) y la Ley N° 1416 (2004) que prohíbe la discriminación en el empleo, etc.

Ley N° 374 (2003) que prohíbe el trato desigual por razones de raza o etnia.  
5. Alemania: Ley de relaciones laborales, enmendada en 2001. Ley federal de representación del personal, modificada en 2001.

6. Estonia: Ley de la República de Estonia sobre los contratos de trabajo, enmendada el 22 de Abril de 2004.

7. Grecia: Ley griega sobre la aplicación del principio de igualdad de trato independientemente del origen racial y étnico, religión u otras creencias, discapacidad, edad u orientación sexual (promulgada el 27 de enero de 2005).

8. España: Ley 51/2003, de 2 de Diciembre de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Real Decreto 1865/2004 por el que se regula el Consejo Nacional de la Discapacidad. Cubre todas las razones de las dos directivas y otras adicionales como el sexo.

9. Francia: Ley de lucha contra la discriminación N° 2001-1066 del 16 de Noviembre de 2001. Ley de modernización social N° 2002-73. Ley de 21 de Diciembre 2004 por la que se crea el organismo especializado Halde. Ley sobre cohesión social de 20 de Diciembre de 2004.

10. Irlanda Ley de igualdad (Equality Act) de 2004, por la que se modifican la Ley de igualdad en el empleo de 1998 (Employment Equality Act) y la Ley de igualdad de status de 2000 (Equal Status). Ley de pensiones 1990-2004.

11. Italia: Decreto legislativo N° 215 de 9 de Julio de 2003 por el que se traspone la Directiva 43/2000/CE, posteriormente modificada por el Decreto N° 256 de 2 de Agosto de 2004.



Decreto de 11 de Diciembre de 2003 sobre estructuras internas y atribuciones de los órganos especializados. Cubre el origen racial y étnico. Decreto legislativo N° 216 de 9 de Julio de 2003 por el que se traspone la Directiva 78/2000/CE, modificada por el Decreto legislativo N° 256 de 2 de Agosto de 2004.

12. Chipre: Ley N° 59(I)/2004 sobre igualdad de trato por motivos de origen étnico o racial. Ley N° 57(I)/2004 sobre personas con discapacidad (enmienda). Ley N° 58(I)/2004 sobre igualdad de trato en el empleo, cubre las razones relativas al origen racial o étnico, religión o creencias, edad y orientación sexual.

Ley N° 36 (I)/2004 sobre el Comisario de Administración (enmienda). Ley N° 42 (I)/2004 sobre lucha contra el racismo y otros tipos de discriminación (comisario).

13. Letonia: Ley laboral, aprobada en 2001, modificada el 7 Mayo de 2004. Cubre una lista poco exhaustiva de razones pero no hace mención expresa de la orientación sexual.

14. Lituania: Ley sobre igualdad de oportunidades que entró en vigor el 1° de Enero de 2005.

N. Hungría: Ley CXXV de 2003 sobre igualdad de trato y promoción de la igualdad de oportunidades. Decreto gubernamental

362/2004 por el que se crea la Autoridad de Igualdad de Trato y se estipulan sus reglas de funcionamiento.

15. Malta: Ley sobre empleo y relaciones laborales de 2002 y aviso jurídico 461 de 2004 (Igualdad de trato en los reglamentos de empleo).

Ley sobre igualdad de oportunidades (personas con discapacidad) de 2000.

16. Países Bajos: Ley general sobre igualdad de trato de 1994, modificada por la Ley de aplicación de la CE de 2004. Ley de no discriminación por razones de edad del 17 de Diciembre de 2003.

17. Polonia: Código Laboral (modificado por última vez el 14 de Noviembre de 2003). Ley de 20 de abril de 2004 sobre fomento del empleo y las instituciones del mercado laboral. Ordenanza del Consejo de Ministros de 25 de Junio de 2002 sobre el gobierno plenipotenciario para la igualdad de status entre hombres y mujeres.

Ley sobre minorías étnicas y nacionales y sobre idiomas regionales (aprobada el 6 de Enero de 2005, vigente desde el 1° de Mayo de 2005).

18. Portugal: Ley N° 18/2004 de discriminación por origen racial o étnico.

Decreto-ley 251/2002. Ley 38/2004 de medidas para la rehabilitación y participación de personas con discapacidad.

19. Eslovenia: Aplicación de la Ley del principio de igualdad de trato. Ley de rehabilitación profesional y empleo para personas con discapacidad de 2004. Ley de 2003 sobre relaciones laborales.

20. Eslovaquia: Conjunto de Leyes N° 365/2004 sobre igualdad de trato en algunos ámbitos y protección contra la discriminación, que modifica y sustituye otras leyes (Ley de no discriminación). Ley N° 308/1993 sobre el establecimiento del Centro Nacional Eslovaco de Derechos Humanos, que se modificó por última vez en 2004. Código Laboral N° 311/2001, modificado por última vez por la Ley N° 365/2004.

21. Finlandia: Ley 21/2004 de no discriminación, y Ley sobre contratos laborales, modificada por la Ley 23/2004.

22. Suecia: Ley 130/1999 de prohibición de la discriminación étnica, modificada por última vez por la Ley 308/2003.

Ley 132/1999 de prohibición de la discriminación en el entorno laboral de personas con discapacidad, modificada por la Ley 309/2003. Ley 133/1999 de prohibición de la discriminación en el entorno laboral por razones de orientación sexual, enmendada por la Ley 310/2003.

Ley 307/2003 de prohibición de la discriminación, modificada por la Ley 1089/2004.

23. Reino Unido Gran Bretaña: Ley sobre relaciones interraciales (Race Relations Act) de 1976, modificada por los reglamentos sobre relaciones interraciales en 2003.

23.i. Irlanda del Norte: Decreto sobre relaciones interraciales de 1997, modificado por última vez por los reglamentos sobre relaciones interraciales de 2003. Decreto sobre empleo y trato justo de 1998, modificado por los Reglamentos de empleo justo de 2003. Reglamentos sobre igualdad en el empleo (orientación sexual) de Irlanda del Norte de 2003.

23.ii. Gran Bretaña: Ley sobre discriminación de 1995 (pensiones) modificada por los Reglamentos de 2003.

Ley de discriminación por discapacidad de 1995, modificada por los reglamentos sobre discriminación por discapacidad de 2003

Reglamentos sobre igualdad en el empleo (sobre religión o credo y orientación sexual) de 2003.

24. Como crítica final a la legislación europea, Valdés del Ré, expresa: *“las normas típicamente laborales de los distintos ordenamientos positivos rara vez contienen disposiciones que, de manera expresa y directa, reconocen a los trabajadores la titularidad de los derechos que, como ciudadanos, las normas supremas les confieren”*. Y agrega: *“... Y tampoco la negociación colectiva ha podido o ha*

sabido comprometerse de manera decisiva con la protección de este tipo de derechos. Cuestiones tan cruciales para garantizar de manera eficaz los derechos de la persona del trabajador, como pueden ser las relativas al procedimiento empresarial de selección de los trabajadores –momento especialmente propicio para conductas discriminatorias o para la violación de la intimidad o de la libertad ideológica– o el control por parte del empresario de la prestación laboral –aspecto éste que despliega una potencial y grave amenaza sobre el derecho a la intimidad del trabajador– apenas han sido exploradas por la autonomía negocial<sup>213</sup>.

25. A manera de conclusión y visto el panorama europeo sobre legislación regional, estatal y jurisprudencia en la materia, existen grandes avances referentes a la de protección del derecho fundamental de no-discriminación en general y en las relaciones de trabajo en particular, pero queda bastante por hacer, atento a lo señalado supra Nral. 5º del presente subcapítulo.

### V.iii. Aplicación de las normas y jurisprudencia en la Organización de los Estados Americanos

1. En lo que refiere al acatamiento de las normas, los principales órganos políticos de la OEA vienen expresando desde hace dilatado tiempo, su preocupación con respecto al racismo, la discriminación racial y temas conexos.

A principios de la década de los noventa el órgano regional intensificó sus esfuerzos, así la Asamblea General, promovió medidas en torno a una posible Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas que fue formulada en esa década y sigue debatiéndose a la fecha en las postrimerías de la primera década del Siglo XXI.

La Resolución de 1994 sobre No Discriminación y Tolerancia condenó el racismo, la discriminación racial y religiosa, la xenofobia.

2. En el ámbito jurisprudencial regional a diferencia de lo que sucede en Europa, tanto la Corte como la Comisión Interamericana no se han pronunciado sobre ningún caso en los temas de fondo sobre discriminación racial, y por tanto tampoco del fenómeno en las relaciones de empleo y la seguridad social.

Ninguna sentencia de la Corte se ha referido directamente a la cuestión de la diferenciación racial, por lo que se descarta el caso de la discriminación por estos motivos. Los exiguos casos que se han presentado en la región sobre los abusos mencionados en los informes sobre derechos humanos de la Comisión y organizaciones no gubernamentales y que tienen como protagonistas a la población afrodescen-

<sup>212</sup> Cfr. Valdez del Ré, Fernando en "Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia". Relaciones Laborales, Revista de Teoría y Práctica N° 2, 2003, pág. 89 y sgtes.

diente y a los pueblos indígenas, ninguno refiere a la cuestión de la discriminación por motivos raciales.

La inexistencia de litigios sobre este tema pendientes ante la Comisión y la Corte, lleva a pensar que, por lo menos en la actualidad, los grupos marginados no perciben al sistema interamericano como un foro eficaz para impugnar o corregir las prácticas discriminatorias en las Américas<sup>213</sup>.

3. Respecto al acatamiento de las normas, los principales órganos políticos de la OEA vienen expresando desde hace tiempo, su preocupación con respecto al racismo, la discriminación racial y temas conexos, pero no se ha avanzado mucho en el tema.

### V.iv. El problema de la discriminación racial, por origen nacional o etnia en el MERCOSUR

1. Moscoso Klappstein en su ponencia en el Primer Congreso Internacional del MERCOSUR<sup>214</sup>, observa que para que el MERCOSUR se afiance definitivamente y configure un proceso de integración verdaderamente exitoso, y entre otras exigencias en lo que a los derechos humanos toca, mejore la calidad de vida de quienes residen en la región, se requiere en primer lugar fortalecer las relaciones interestatales que forman parte del mismo, con medidas tendientes a una real integración, teniendo como norte siempre valores elementales como son la solidaridad, la justicia social y el acceso de todos los ciudadanos al goce de sus derechos sin ningún tipo de limitaciones, y menos aún, de aquellas personas aquellas que nacen fruto de la intolerancia como sujetos de arbitrariedades, prejuicios e injusticias.

2. Para que la Declaración Sociolaboral no sea letra muerta, resulta ineludible el fortalecimiento y la defensa de los derechos humanos fundamentales, que se acompañen con el desarrollo económico y social. Estas medidas, según la autora, deben realizarse sobre la base de la justicia social, presente en mayor o menor medida en las constituciones nacionales y en la piedra fundamental de este proceso, como es el Tratado de Asunción). Mitigar la pobreza y exclusión social de las zonas más marginales, constituye un desafío en la región, donde la discriminación racial y étnica impera.

<sup>213</sup> Cfr. Convención Interamericana contra la Discriminación Racial: Evaluación Jurídica, Resumen 2003, preparado por la Internacional Human Right, Law Group, Convención Interamericana contra la Discriminación racial, versión en castellano en página web: [www.oas.org/consejo/sp/CAJP/docs/cp10816s07](http://www.oas.org/consejo/sp/CAJP/docs/cp10816s07).

<sup>214</sup> Cfr. Moscoso Klappstein, Elizabeth en "La discriminación, la xenofobia, el racismo y otras formas de intolerancia, y su inclusión en la agenda social del MERCOSUR", convocado y organizado por el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, 15,16 y 17 de Abril de 2004, La Plata, en página web: [www.colproba.org.ar/mercosur/ponenciaspresentadas](http://www.colproba.org.ar/mercosur/ponenciaspresentadas)



3. En Diciembre de 2000, en la XIX cumbre en Florianópolis de Presidentes de los Estados parte del MERCOSUR<sup>215</sup> junto con sus países asociados, los Primeros Mandatarios mostraron su preocupación como representantes de sociedades multirraciales por los actos de manifiesta intolerancia ocurridos en el mundo y reconocieron la necesidad de intensificar la lucha contra el racismo y todas las formas de discriminación, tanto en lo interno como en los ámbitos regional e internacional. Para ello, expresaron que resulta necesaria una sociedad abierta, con capacidad de aceptar y valorar el pluralismo y la diversidad, por lo que consideraron conveniente dotar al sistema interamericano de un instrumento jurídico que permita combatir el racismo y la discriminación en todas sus formas.

4. De allí que queda mucho trecho por recorrer para erradicar este mal social y como contrapartida desarrollar una sociedad más justa, solidaria y equitativa, donde haya igualdad de oportunidades para todos y no muchas oportunidades para pocos. El logro de la integración económica, depende del respeto efectivo de los derechos humanos fundamentales, como su sustento. El éxito económico del bloque se construirá sobre la base de la garantía de esos derechos, porque así lo marcan los compromisos asumidos y fundamentalmente la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR.

Siguiendo a Ermida Uriarte, entre las disposiciones susceptibles de ser aplicadas en forma inmediata en los países que integran el bloque regional, se encuentran aquellas que aseguran derechos efectivos, como el caso del Art. 1º, que garantiza los principios de igualdad y no-discriminación, los que ninguna legislación nacional deberá contradecir, ni a los Pactos, Declaraciones y Tratados a que se remite la Declaración, a los que hace parte de ella misma<sup>216</sup>.

5. Analizaremos en el capítulo VIII el tratamiento de la discriminación en los ordenamientos jurídicos de diferentes países de América, atento al escaso y tímido tratamiento a nivel continental y regional.

<sup>215</sup> Puede verse el texto completo de la Declaración en la pág. web: [www.mercosur-comisec.gub.uy/index.php?sec=25](http://www.mercosur-comisec.gub.uy/index.php?sec=25)

<sup>216</sup> Cfr. Ermida Uriarte, Oscar en "La declaración Sociolaboral del MERCOSUR y su aplicabilidad judicial", en la página web del Instituto Uruguayo de Trabajo y la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de la República, Montevideo, sección "Lo mas nuevo", página web cit.

## CAPÍTULO VI

### MODALIDADES EN QUE SE PUEDE EXTERIORIZAR LA DISCRIMINACIÓN EN LAS RELACIONES LABORALES

1. Como hemos visto, la discriminación en el empleo constituye uno de los principales temas de los que se ocupan los distintos ordenamientos jurídicos internacionales y nacionales, plasmando como objetivo principal que no se de un trato diferencial o preferencial a un grupo de personas por sobre otro, fundados en criterios ajenos a las capacidades y calificaciones que poseen.

Para cumplir con este objetivo resulta indispensable que esos ordenamientos jurídicos hagan respetar esas normas y procedimientos, estableciendo por un lado mecanismos preventivos para evitar la producción y consumación de conductas discriminatorias y por otro cuando las mismas se verifican, reparar de alguna manera plausible a las víctimas.

2. En las relaciones sociales en general y en las laborales en particular, se constata a partir de un examen empírico de la realidad, que las acciones u omisiones de carácter discriminatorio existen. Es un hecho público y notorio que no necesita de mayores pruebas, pues a diario en los periódicos y noticieros se publican o dan a conocer sucesos de esta naturaleza.

La OIT, consciente del problema, afirma que "la discriminación no es un acto excepcional, ni aberrante, sino un fenómeno sistémico, a menudo intrínseco a las pautas de funcionamiento de los lugares de trabajo y arraigado en los valores y normas culturales y sociales dominantes"<sup>217</sup>.

Ese fenómeno se presenta en todos los ámbitos laborales, ya sean formales o informales, agravándose en este último el problema, donde reviste formas más patentes, en la medida que se trata de un escenario donde las normas laborales, así como las instituciones y mecanismos de control de su cumplimiento, están ausentes.

<sup>217</sup> Cfr. OIT "La igualdad en el trabajo...", ob. cit. pág. 9.

3. A partir de esa realidad y en el plano dogmático, en términos generales, la doctrina es conteste en afirmar que las conductas discriminatorias en las relaciones de trabajo pueden presentarse en diferentes formas.

De allí que las mismas pueden clasificarse en:

A. Discriminación institucional o estructural.

B. Discriminación axiológica o por convicción; política partidaria; emotiva y de costumbre.

C. Discriminación evidente y encubierta.

D. Discriminación directa e indirecta.

E. Discriminación vertical, horizontal y vertical a la inversa.

F. Discriminación al inicio, durante y en la extinción de la relación de dependencia.

Seguidamente, analizaremos los rasgos determinantes de cada una de ellas.

#### VI.i. Discriminación laboral institucional o estructural

1. Desde una perspectiva sociológica, el trabajo al igual que en otras manifestaciones de la vida social (vg. educación, acceso a servicios sociales, uso de los espacios públicos, etc.), se pueden diferenciar tres niveles de discriminación:

A. La “*discriminación institucional*”, es aquella que se plantea desde las normas públicas vigentes y desde las prácticas administrativas y que nos permiten hablar de “*marco institucional discriminatorio*” (vg. la legislación que discrimina a los inmigrantes, las leyes de Nüremberg en el régimen nacionalsocialista, las normas del apartheid, etc.);

B. La “*discriminación estructural*”, es la que se produce desde el mercado de trabajo, que ofrece pistas indirectas de discriminación a través, en algunos casos, de (cuasi) evidencias estadísticas.

La OIT la define como “...aquella que es inherente al ordenamiento social a las estructuras institucionales y a los mecanismos jurídicos, o que se ha institucionalizado en todos esos ámbitos, y que refleja y reproduce prácticas y resultados discriminatorios”<sup>218</sup>. Vg. el sistema de segregación conocido bajo el mote de “*Jim Crow*” en los Estados Unidos, a partir de la finalización de la guerra de secesión y hasta entrados los años 60 del siglo pasado.

<sup>218</sup> Cfr. OIT “*La igualdad en el trabajo...*”, ob. cit. pág. 10.

C. En tercer lugar, la *discriminación en la empresa* (o en los agentes de otros campos sociales) y que se puede manifestar de distintas formas respecto a las minorías étnicas<sup>219</sup>.

Las dos primeras formas de discriminación se podrían considerar como “*discriminación sin actores*”, y con frecuencia no declarada y sin presentarse necesariamente como intencionada, la tercera es una discriminación individual (en general frecuencia abierta) con actores que pueden ser diversos: empresarios, trabajadores, etc.

2. La “*discriminación institucional*, también llamada “*marco institucional discriminatorio*” afecta de modo especialmente significativo a los extranjeros que se desplazan a trabajar de sus países de origen a otros Estados, a los que corrientemente se les denomina “*migrantes*” y ella se ve reflejada por un lado en el uso frecuente de instrumentos jurídicos, y por el otro, en la aplicación restrictiva de las normas que se les aplican (vg. exigencias desproporcionadas para acceder a dispositivos de protección social que afectan exclusivamente a los inmigrantes o la escasa dotación de medios en los servicios públicos que han de atender a estas personas, etc.).

En la discriminación institucional, las prácticas llevan a la reproducción de las desventajas de la población minoritaria segregada, como un mecanismo de exclusión perfectamente legal, pero nunca legítimo o ético.

3. La discriminación estructural, en cambio, es la que se produce desde el mercado de trabajo. No todas las diferencias entre las personas que se encuentran en el mercado pueden ser atribuidas a la discriminación, pero si examinamos las otras variables que pueden influir en la situación de un colectivo como el caso de la raza, origen nacional o etnia entre otras, y seguimos encontrando regularidades persistentes de desigualdad que no son explicables de otra manera, podemos considerar que la discriminación injustificada está presente.

Dentro de este tipo de discriminación y adentrándonos específicamente a la motivada por motivos de raza, el *racismo estructural* es aquel que refiere “*a todos los factores, valores y prácticas que colaboran con la reproducción de la asociación estadística significativa entre raza y clase (definida aquí como la combinación de situación económica e inserción profesional), es decir, todo lo que contribuye para la fijación de las personas no-blancas (y agregamos nosotros pertenecientes a las minorías segregadas), en las posiciones de menor prestigio y autoridad, y en las profesiones menos remuneradas.*”<sup>220</sup>

<sup>219</sup> Cfr. Cachón Rodríguez, Lorenzo en: “*Discriminación en el trabajo de las personas inmigradas y lucha contra la discriminación*”, en “*La discriminación racial. Propuestas para una legislación antidiscriminatoria en España*”, Barcelona, Editorial Icaria, 2003, págs. 39/101.

<sup>220</sup> Cfr. Segato, Rita Laura, en “*Racismo, discriminación y acciones afirmativas: Herramientas conceptuales*”, Serie Antropológica N° 404, Universidad de Brasilia, 2006, págs. 6-7.



## VI.ii. Discriminación axiológica o por convicción, política partidaria, emotiva y de costumbre<sup>221</sup>

Las actitudes discriminatorias más frecuentes por motivo de raza, origen nacional o étnico pueden ser definidas y clasificadas de la siguiente manera:

1. Discriminación de convicción o axiológica, que es aquella que se expresa a través de un conjunto de valores y creencias explícitas que atribuyen predicados negativos (o positivos) en función del color, trazos físicos o grupo étnico al que la persona pertenece.

A vía de ejemplo, afirmar que la gente negra es mejor dotada para los trabajos pesados frente a aquellos que exigen una mayor destreza intelectual y pensamiento abstracto, constituye una forma de este tipo de discriminación

2. Discriminación política-partidaria-programática que es aquella que utilizan las agrupaciones marcadamente racistas y segregacionistas en su plataforma política, y patrocinan un acentuado antagonismo contra aquellos sectores de la sociedad que consideran inferiores y merecen a su juicio la exclusión en todos los ámbitos de la vida comunitaria.

Típico ejemplo de este caso lo constituyen en Europa los grupos neonazis, o en los Estados Unidos el Ku-Klux-Klan.

3. Otro tipo discriminación por motivos raciales, étnicos o por origen nacional, es el emotivo.

Éste se refleja ya sea mediante el rencor, el odio, la envidia o el resentimiento respecto a las personas pertenecientes a una raza o grupo étnico del agente discriminador.

Un claro ejemplo de esta situación en el mundo de las relaciones laborales estaría dado por aquella persona que no quiere tener como compañero de trabajo o compartir una actividad laboral con un colega negro.

4. Finalmente se constatan actitudes discriminatorias de costumbre.

Esta clase de discriminación es irreflexiva y proviene de las creencias y formación sociocultural del agente discriminador. Se trata de una actitud silenciosa, automática que se exterioriza mediante una práctica establecida, rutinaria y que opera sin nombrarse.

Como asevera Segato, se trata de la más frecuente y curiosamente, a pesar de presentarse como la forma más inocente y bienintencionada está lejos de ser la más inocua. Muy por el contrario, esta modalidad de discriminación es la que más víctimas hace en la convivencia diaria.

<sup>221</sup> En este subcapítulo se sigue el criterio clasificatorio de Segato, Rita en "Racismo, discriminación...", ob. cit. pág. 5 y sgtes.

Un claro ejemplo de este tipo de discriminación en el trabajo, es cuando una persona de mando medio, no le asigna determinadas tareas a un trabajador negro o indígena por el hecho de ser tales y que ocupan cargos similares a otros trabajadores blancos, por considerar que por esa condición, no son inteligentes o no están capacitados para cumplir esa tarea.

## VI.iii. Discriminación consciente o inconsciente y discriminación individual o grupal; discriminación evidente o patente y discriminación encubierta<sup>222</sup>

1. La discriminación se puede clasificar en consciente o inconsciente atendiendo si la misma es intentada o intencional.

La primera ocurre cuando la conducta del agente agresor es volitiva, fruto de una proceso reflexivo y voluntario que se exterioriza mediante la comisión del acto discriminatorio.

En la segunda, el ofensor carente de intencionalidad, igual e inconscientemente expresa una conducta discriminatoria.

2. La discriminación a su vez, puede ser individual o grupal.

La discriminación individual responde a características particulares del individuo (vg. sexo, raza, religión, opinión, etc.)

La grupal o colectiva en cambio, encuentra sustento en la pertenencia a un grupo específico.

3. La discriminación evidente o patente, consiste en "el tratamiento jurídico manifiesta e injustificadamente diferenciado y desfavorable de unas personas respecto a otras".

4. La discriminación encubierta radica en "aquel tratamiento formal o aparentemente neutro o no discriminatorio del que se deriva (...) un impacto adverso sobre la persona o conducta censurable", que carece de justificación o no resulta idónea.

## VI.iv. Discriminación en sentido amplio y en sentido restringido

Rey Martínez distingue ambos tipos de discriminaciones.

En sentido amplio, se entiende aquella que refiere a toda infracción al principio general de igualdad.

<sup>222</sup> Cfr. Hernández Cuevas, Raúl en "El principio de igualdad y no discriminación en el ámbito laboral", en Noticias Jurídicas: Derecho Laboral, Artículo Doctrinal, Pórtico Legal, España, Febrero 2007, en página web: [noticias.juridicas.com/articulos/40-Derecho%20Laboral/200702-989785263254556](http://noticias.juridicas.com/articulos/40-Derecho%20Laboral/200702-989785263254556)

En sentido estricto en cambio, igualmente refiere a toda violación del mismo principio de igualdad, pero a diferencia del anterior, concurren algunos de los criterios de diferenciación prohibidos (vg. raza, religión, sexo, orientación sexual, etc.)<sup>223</sup>.

## VI.v. Discriminación directa e indirecta

### VI.v.i. Discriminación directa

1. La discriminación directa existe cuando la legislación, la reglamentación o la práctica cita explícitamente un motivo específico, como el sexo, la raza, etc. para negar la igualdad de oportunidades<sup>224</sup>.

En palabras de la OIT se define: "...cuando las normas, prácticas y políticas, excluyen o dan preferencia a ciertas personas por el mero hecho de pertenecer éstas a un colectivo específico".<sup>225</sup>

Está definida por una diferencia de trato, basada en la aplicación de pretextos proscritos o prohibidos. En otras palabras, esta forma de discriminación se da cuando se trata a una persona de manera menos favorable que a otra en una situación análoga por motivos de origen racial o étnico u otras razones.

2. En las relaciones laborales tiene lugar, cuando un/a trabajador/a o una persona que ha solicitado un empleo recibe un trato menos favorable debido a una condición de su personalidad vg. la raza u origen nacional. De ese modo, ese tipo de discriminación se verifica o porque no le dan un trabajo, o la despiden, o no le ofrecen formación o un ascenso, o sus condiciones laborales son calificadas como malas, o le impiden acceder a otro tipo de beneficios simplemente debido a su raza u origen nacional.

3. Ingresando específicamente en la discriminación directa por motivos raciales la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia en la Recomendación N° 7 sobre legislación nacional para la lucha contra el racismo y la discriminación racial, adoptada el 13 de Abril de 2002 Nral. I lit. b, la define: "... como cualquier trato diferenciado basado en un motivo como la raza, el color de la piel, el idioma, la religión, la nacionalidad o el país de origen o el grupo étnico que no tenga ningún objetivo ni justificación razonable. El trato diferencial queda desprovisto de un objetivo y una justificación razonable si no persigue ningún propósito legíti-

<sup>223</sup> Cfr. Rey Martínez, Fernando en "La discriminación positiva de mujeres (Comentario a la STJ de la Comunidad del 17 de Octubre de 1995. Asunto Kalanke", en revista de Derecho Constitucional", Año 16, N° 47, Madrid, 1996, pág. 319.

<sup>224</sup> Cfr. OIT, "Eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación", "Temas" página web [www.ilo.org/dyn/declaris/DECLARATIONWEB.static\\_jump](http://www.ilo.org/dyn/declaris/DECLARATIONWEB.static_jump)

<sup>225</sup> Cfr. OIT "La igualdad en el trabajo...", ob. cit. pág. 9.

mo o en la ausencia de una relación razonable de proporcionalidad entre las medidas empleadas y el objetivo a conseguir".

4. En síntesis habrá discriminación laboral directa por motivos de raza, origen nacional o etnia en aquellas ocasiones en las que un trabajador sea tratado peyorativamente en comparación a otros trabajadores en circunstancias similares, o sea despedido o seleccionado para hacer una reducción de plantilla, o aplazado para acceder a un empleo o para un ascenso, o sea acosado debido a su raza, origen nacional o etnia.

### VI.v.ii. La discriminación indirecta

1. La OIT define a este tipo de discriminación, "...cuando ciertas normas o prácticas aparentemente neutras tiene efectos desproporcionados en uno o más colectivos determinables, y ello sin justificación alguna".<sup>226</sup>

Esta modalidad de discriminación, adopta normalmente formas más sutiles que la discriminación directa. La misma se verifica cuando una reglamentación, criterio o práctica aparentemente neutros o imparciales puede producir una desventaja a personas por motivos de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, etc., a no ser que dicha reglamentación, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima.

La arbitrariedad de dichos requisitos radica en que estos no son necesarios para el desempeño de los empleos en cuestión.

2. Fue la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en los casos Griggs vs. Duke Power<sup>227</sup> y Dothard vs. Rawlinson<sup>228</sup> quien atendió originalmente en el problema, el que luego se planteó en Europa y fue afrontado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Jenkins vs. Kingsgate.

En el proceso Griggs vs. Duke Power, la Corte sostuvo que la empresa al seleccionar a empleados para la transferencia y promociones internas a ciertas posiciones, debían cumplir con el requisito de contar con educación secundaria, amén de ciertas pruebas de aptitud, colocaba a los afroamericanos en desventaja frente a los candidatos americanos blancos. Estos requerimientos en opinión de la Corte ni fueron dirigidos, ni pensados para medir la capacidad de aprender a realizar un trabajo o una categoría particular de labores. De allí que al amparo del título VII del acto

<sup>226</sup> Cfr. OIT "La igualdad en el trabajo...", ob. cit. pág. 9.

<sup>227</sup> Caso N° 124 Gris y otros vs. Duque Poder CCO., discutido el 14 de Diciembre de 1970 y decidido el 8 de marzo de 1971, en página web: [laws.findlaw.com/us/401/424.html](http://laws.findlaw.com/us/401/424.html)

<sup>228</sup> Caso No 76-422 discutido el 19 de Abril de 1977 y decidido el 27 de junio de 1977, en página web: [www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0433\\_0321\\_ZX.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0433_0321_ZX.html).



de los derechos civiles de 1964, la Corte sostuvo que tales pruebas al ser innecesarias, afectaban a grupos étnicos de la minoría, debiendo la empresa demostrar que las mismas eran “razonablemente relacionadas” al trabajo para el cual se las requería.

3. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea emitió su primer fallo por discriminación indirecta en el caso *Jenkins vs. Kingsgate*<sup>229</sup>

La Sra. Jenkins, quien trabajaba a tiempo parcial para Kingsgate demandó a su empleador por pagarle un salario por hora un 10% menor que a sus compañeros masculinos, que trabajaban a tiempo completo. Esto atentaba según ella, contra el Equal Pay Act de 1970, que establecía que hombres y mujeres debían recibir la misma remuneración si realizaban el mismo trabajo y ocupaban el mismo puesto.

El Tribunal de Justicia estableció que el hecho de pagar menor remuneración a trabajadores a tiempo parcial que a trabajadores a tiempo completo, supone una discriminación si en realidad no es otra cosa que un medio indirecto de disminuir el nivel de remuneración de los trabajadores a tiempo parcial, por ser éstos principalmente mujeres.<sup>230</sup>

4. Otros ejemplos de discriminación laboral indirecta que traemos a colación, son: la exigencia de que todas las personas que se presentan a solicitar un puesto de trabajo deban superar una prueba en una lengua concreta, aunque esta no sea necesaria para el ejercicio del trabajo. La prueba puede ser discriminatoria para las personas cuya lengua materna o aprendida no sea la de la prueba; o excluye de manera desproporcionada a las mujeres y a los miembros de ciertos grupos étnicos que no tengan la altura corporal requerida, a menos que una altura específica sea absolutamente necesaria para realizar la tarea considerada, etc.<sup>231</sup>

Pueden mencionarse además, los casos de la exigencia de “buena presencia”, que es sinónimo en algunos casos de color “claro” de piel, que es otra forma sutil de discriminar hacia trabajadores o trabajadoras indígenas o afrolatinoamericanos/as.

5. También puede haber discriminación indirecta cuando se dispensa un trato diferenciado a categorías específicas de dependientes. Por ejemplo, el hecho de que los empleados domésticos en la mayoría de los países de la región sean excluidos de *jure* o de *facto* de la protección mínima garantizada a otros trabajadores asalariados, tales como la jornada laboral de ocho horas, el pago del salario mínimo y el goce de ciertas prestaciones sociales, es una forma de discriminación indirecta basada en el sexo, en la raza, la etnia y el origen social. El trabajo doméstico, en efecto, es

<sup>229</sup> Sentencia de 31 de Marzo de 1981, As. 96/80, Rec. 1981, pág. 911.

<sup>230</sup> Sentencia Tribunal de Justicia de la Corte Europea del 31 de Marzo de 1981, apartado 15.

<sup>231</sup> Cfr. OIT, “Eliminación de la discriminación en materia...”, página web cit.

una ocupación que absorbe mayoritariamente a mujeres y entre éstas, predominan las mujeres indígenas, de ascendencia africana y las mujeres de bajos ingresos que provienen de las zonas rurales<sup>232</sup>.

6. Conforme a las variedades que este tipo de discriminación presenta, atento a lo expresado supra Nral. 1º del presente Subcap., la discriminación indirecta puede tener su fuente en una norma jurídica heterónoma, un convenio colectivo o una práctica empresarial.

7. La Recomendación N° 7 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del 13 de Abril de 2002, en el lit. C del Nral. I, establece que la discriminación racial indirecta: “... se aplicará a casos en los que un factor aparentemente neutral como puede ser una provisión, un criterio o una práctica no se pueda cumplir con la misma facilidad o que ponga en una situación de desventaja a un grupo de personas por motivos como la raza, el color de la piel, el idioma, la religión, la nacionalidad o el país de origen o el grupo étnico, a menos que dicho factor tenga un objetivo y una justificación razonable. Esto se daría si se persigue un propósito legítimo y si existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo a conseguir”.

8. En buen romance hay discriminación indirecta, cuando la misma se vincula con el impacto o efecto adverso que provoca en la víctima, porque si bien la actitud en si no aparece como segregacionista, no cabe duda que conlleva esa intención, pues la misma se presenta a través de variantes indirectas, sutiles y ocultas.

9. Dentro de las discriminaciones indirectas, aparecen las denominadas “discriminaciones sistémicas”. Éstas en el ámbito laboral constituyen el corolario de prácticas aplicadas ya sea en una empresa, en un sector de actividad, etc..

Esos procedimientos son el fruto de estereotipos o de mecanismos que se presentan aparentemente como neutros y de uso más o menos explícitos. En ese contexto, el sistema produce discriminaciones que se puede dar ya sea en el proceso de contratación de personal, o de ascensos y promociones, o egresos, etc., cuando los criterios de selección se realizan en función de aspectos prohibidos para adoptar decisiones, rehuendo a discernimientos lícitos como el caso de la capacitación profesional de las personas. En materia de discriminación racial, esta situación ocurre, cuando existe dentro del sistema una tendencia desfavorable hacia un grupo étnico en la organización del trabajo<sup>233</sup>.

<sup>232</sup> Cfr. “Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo”, Conferencia Internacional del Trabajo” 91ª en Ginebra en Junio de 2003, página web de la OIT: <http://ilo.org/declaration>

<sup>233</sup> Cfr. Miné, Michel en “Los conceptos de discriminación directa e indirecta”, versión escrita de la exposición presentada en la conferencia “Lucha contra la discriminación. Las nuevas directivas de 2000 sobre igualdad de trato”, Trevés, Francia 31 de Marzo- 1º de Abril 2003, en página web: [www.era.int/web/en/resources/5\\_1095\\_3386\\_file\\_en.4886](http://www.era.int/web/en/resources/5_1095_3386_file_en.4886)

### VI.vi. Discriminación vertical, horizontal y vertical a la inversa

1. Denominamos conducta discriminatoria vertical a aquella que en las relaciones laborales se constata con mayor frecuencia y es la que dispensa el empleador o alguna persona dentro de la estructura de empresa con poder de dirección en su representación (en general los mandos medios), frente a sus subordinados.

2. La discriminación horizontal, es aquella que se configura cuando uno o varios compañeros de trabajo que carecen de potestades de mando dentro del organigrama empresarial, exteriorizan un trato discriminatorio a otro(s) compañero(s) de similar o inferior categoría. Esta situación puede incluso suscitarse dentro del ámbito sindical, cuando ello ocurre (valga la tautología), internamente en la asociación profesional.

Aunque este tipo de discriminación entre iguales en las relaciones laborales puede llamar la atención, no quizás por su infrecuencia, sino por la ausencia de denuncias inclusive en los medios de opinión pública, algunos ordenamientos jurídicos positivos la prevén. Tal es el caso de la sección 703 del Título VII de la Ley de Derechos Civiles del 2 de Julio de 1964 de los Estados Unidos de América, que establece en cuanto a las discriminaciones horizontales: ...c) *Se considerará una práctica laboral ilegal por parte de un sindicato:*

1) *excluir o expulsar de su afiliación o discriminar de cualquier otra forma a cualquier persona en razón de su raza, color, religión, sexo u origen nacional.*

2) *limitar, separar o clasificar a sus afiliados o solicitantes de afiliación, o bien, clasificar, no recomendar o rehusarse a recomendar para algún empleo a cualquier persona de manera que privara o intentara privarla de cualquier oportunidad de trabajo, o que limitara dichas oportunidades de trabajo o que afectara de manera adversa su carácter de empleado o solicitante de un empleo en razón de la raza, color, religión, sexo u origen nacional de dicha persona, o 3) hacer o intentar que un patrón discrimine a una persona en contravención de esta sección*".

En nuestra opinión dentro de un sindicato aún cuando pudiese proferirse un tratamiento discriminatorio por parte de un dirigente a un simple afiliado, no deja de ser horizontal, porque la circunstancia de ocupar ocasionalmente un cargo dirigencial dentro de la estructura sindical, no modifica la naturaleza igualitaria de los miembros de la organización gremial, ocupen el lugar que ocupen, pues como afirma Mantero de San Vicente, "*la dirigencia está constituida por trabajadores, que asumen la función directiva*".<sup>234</sup>

<sup>234</sup> Cfr. Mantero de San Vicente, Osvaldo en "*Derecho Sindical*", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004, pág. 71.

3. La discriminación vertical a la inversa está constituida por aquellas conductas que dispensan los trabajadores subordinados hacia sus empleadores o mandos medios de la empresa.

A vía meramente enunciativa, este tipo de conductas sucede en el caso de que el gerente o jefe provenga de una etnia u origen nacional diferente a la mayoría de los trabajadores o pertenezca a otra raza, y por esa razón los empleados no cumplan sus órdenes de trabajo o sea objeto de tratos discriminatorios a través de panfletos, carteles, etc. donde se lo denigre por esa condición.

### VI.vii. Discriminación al inicio, durante y en la extinción de la relación de dependencia

1. Finalmente, las conductas discriminatorias pueden darse en la etapa previa de selección de personal a través vg. de test, cuestionarios, etc., durante la vigencia y en la etapa de finalización de la relación laboral.

Si bien se le reconoce al empleador la libertad en principio irrestricta e ilimitada para contratar a los trabajadores que desee entre los aspirantes que se presenten a ocupar las vacantes o cargos solicitados, pues muchas veces esa autonomía se ve acotada por discriminaciones (en el sentido neutro del término) por cuotas y porcentajes de reclutamiento establecidos por leyes o convenios colectivos que auxilian a sectores vulnerables o desfavorecidos de la población (vg. mujeres, minusválidos, etc.), va de suyo que en el caso que en su llamado se inserte alguna cláusula que implique una clara situación de discriminación directa antijurídica (vg. "*armenios, negros y judíos abstenerse*"), estaremos en presencia de un claro acto discriminatorio que no sólo atenta contra normas y principios del "*jus cogens*" y Derecho Constitucional del país que se trate, sino que además tipifica en la mayoría de los casos delitos que las leyes penales reprimen.

2. Más difícil se torna la situación, cuando en la interna de la empresa o en la selectora de personal, se aplican criterios discriminatorios para descartar a los candidatos.

Esta problemática ya la hemos analizado al tratar el caso de las discriminaciones indirectas<sup>235</sup>, a la que debemos adicionar que para el caso de promoverse acciones judiciales tendientes a lograr el cese de las conductas discriminatorias o las reparaciones económicas, o incluso ambas reclamaciones a la vez, un problema no menor que se presenta es el de la carga de la prueba. El estudio pormenorizado de este último aspecto lo abordaremos detenidamente dentro del Subcapítulo IX.ii.ii.ix, cuando analicemos los diferentes mecanismos de tutela que se pueden adoptar, frente a las conductas discriminatorias.

<sup>235</sup> Vide supra subcap. VI.v.ii.



3. Durante la vigencia de la relación laboral, pueden suscitarse actitudes y conductas discriminatorias que afecten a determinado(s) trabajador(es), en la medida que impliquen un trato diferente cuando el mismo no se fundamente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción al trabajo por parte del trabajador, sino en motivos espurios y antijurídicos. Esas conductas (activas u omisivas), se pueden reflejar de distintas maneras entre trabajadores de la misma categoría profesional o que cumplan igual tarea, ya sea por el pago de un salario diferencial, la postergación de una promoción o ascenso, la imposición de mayores cargas, etc., todo ello basado en actitudes discriminatorias en función de la raza, origen nacional o etnia del trabajador(es) damnificado(s) por esas medidas.

4. Finalmente puede haber discriminación en la etapa de la extinción de la relación de subordinación jurídica y ésta naturalmente guarda relación con lo que la doctrina denomina "el despido discriminatorio".

Esta situación se suscita cuando se produce el cese de un asalariado de su lugar de trabajo por motivos violatorios que lesionan el derecho humano fundamental a no ser discriminado, incurriendo el empleador en consecuencia en un acto ilícito.

Los instrumentos jurídicos para resistir el despido discriminatorio serán objeto de pormenorizado enfoque en el Subcapítulo IX.ii.iv y siguientes.

#### VI.viii. Discriminación por acción y omisión

Somos partícipes de la idea de que la discriminación se puede exteriorizar a través de conductas activas, que es lo que sucede en la mayoría de los casos, pero también por actitudes omisivas. En este último caso el agente que con su omisión realiza un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, máxime tratándose del desconocimiento o postergación en el goce de un derecho humano fundamental, incurre a nuestro juicio en una conducta discriminatoria.

Un claro ejemplo de discriminación por omisión en las relaciones de empleo, sería el caso en que en una empresa se produjera una vacante en un cargo superior al cual tiene vocación para acceder al ascenso un determinado grupo de trabajadores y uno o varios de ellos son marginados "ab initio" por ser negros o asiáticos.

## CAPÍTULO VII

### ACCIONES POSITIVAS O DISCRIMINACIÓN A LA INVERSA

#### VII.i. Aspectos generales

1. La Comisión de Expertos de la OIT, ha constatado que en varios países miembros dotados de una legislación apropiada en materia de promoción de la igualdad de oportunidades, de trato en el empleo y de eliminación de toda forma de discriminación, su aplicación y la de las políticas nacionales se encuentra todavía con numerosas dificultades.

Los factores culturales y económicos están en la base de prácticas todavía muy frecuentes y arraigadas de discriminación en materia de acceso al empleo basándose en la raza o a la religión, perpetradas en Estados en donde se establecen reglamentaciones estrictas en esta materia, unidas incluso a severas sanciones penales.

Pero además la Comisión ha notado que en ciertos países la legislación no prohíbe la discriminación en el empleo sobre la base de todos los criterios enunciados en el Convenio N° 111 de la OIT, o que la protección no se extiende a la totalidad de los trabajadores. La Comisión indicó que era esencial el examen de la situación y para la determinación de las medidas a tomar que los gobiernos presten atención a todas las fuentes de discriminación contempladas en los instrumentos de 1958.

Otras dificultades en la plena aplicación del Convenio incluyen el temor a las represalias, el tener que aportar pruebas, las sanciones y las reparaciones que no son efectivas, la falta de asistencia legal e instituciones inadecuadas para garantizar la igualdad de derechos, etc.<sup>236</sup>

2. El antídoto para combatir los problemas señalados en el numeral que antecede y puntal dirigido a garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a no ser discriminado, es lo que la doctrina ha denominado "discriminación inversa" o "positiva".

<sup>236</sup> Cfr. Informe de Thomas, Constance y Horii, Yuki. en "Igualdad de oportunidades...", ob. cit., pág. 112 y sgtes.

Sus antecedentes se ubican en los Estados Unidos, entre otros con el paradigmático fallo de la Suprema Corte de Justicia de 1954 en el caso "*Brown vs. Borad Education*"<sup>237</sup>, y el contemporáneo estallido y reclamo por los derechos civiles a partir del notorio proceso judicial contra la Sra. Rosa Parks<sup>238</sup>.

3. A inicios de la década del 60 del siglo XX, surge en ese país, la idea y aplicación del concepto de discriminación positiva, cuando el Presidente Kennedy puso en aplicación el llamado "*affirmative action*" en Marzo de 1961, para garantizar el acceso al trabajo, a la educación y formación, sin discriminación racial, religiosa o de origen.

Efectivamente, por la "*Executive Order*" N° 10.925 del Presidente Kennedy<sup>239</sup>, y posteriormente la "*Executive Order*" N° 11.246 de 1965 del Presidente Johnson, se obligó a los empresarios beneficiarios con el Gobierno o de financiamiento público, a emprender planes de acción positiva contratando a sus trabajadores con criterios no discriminatorios, bajo pena de perder el contrato obtenido.

Está última "*Executive Order*" si bien originalmente estaba destinada a eliminar la discriminación de las minorías raciales en los contratos firmados por la

<sup>237</sup> En mayo de 1954, en una decisión histórica en el caso de *Brown vs. Junta Escolar*, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, dictaminó que las escuelas públicas racialmente segregadas eran inconstitucionales. El caso, refiere a Oliver Brown, el afroamericano que procuró una reparación legal cuando a su hija Linda, de siete años de edad, se le negó admisión a una escuela primaria reservada para los blancos en la pequeña ciudad de Topeka, Kansas, en el Medio Oeste del país. La Corte en la ocasión rechazó la segregación en las escuelas públicas de los Estados Unidos.

<sup>238</sup> El 1° de Diciembre de 1955, Rosa Parks (la «madre del Movimiento por los Derechos Civiles») se rehusó a levantarse de su asiento en un autobús público para dejárselo a un pasajero blanco. La Sra. Parks fue arrestada, enjuiciada y sentenciada por conducta desordenada y por violar una ley local. Cuando el incidente se conoció entre la comunidad negra, cincuenta líderes negros se reunieron y organizaron el "*Boicot de Autobuses de Montgomery*" para protestar la segregación de negros y blancos en los autobuses públicos. El boicot duró 382 días, hasta que la ley local de segregación entre afro-americanos y blancos fue levantada. Este incidente es frecuentemente citado como el desencadenante del Movimiento por los Derechos Civiles, que tuvo como máximo exponente al pastor protestante Martin Luther King.

<sup>239</sup> La orden obligaba a los contratantes del Gobierno federal a no discriminar a: "*ningún funcionario o candidato al empleo debido a su raza, credo color o nacionalidad*". "*El contratante adoptará la acción afirmativa para asegurar que los candidatos sean empleados, como también tratados durante el empleo, sin consideración a su raza, su credo, su color su nacionalidad. Esa acción incluirá, sin limitación, lo siguiente: empleo; promoción; rebaja o transferencia, reclutamiento o anuncio de reclutamiento, dispensa o término, índice de pagamiento u otras formas de remuneración; y selección para entrenamiento e inclusive aprendizaje*". Cfr. Menezes Paulo Lucena de, en "*A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*", en *rev. dos Tribunais*, 2001, 1a edición. San Pablo, 2001, pág. 88. La traducción es de nuestra autoría.

Administración, luego se enmendaría para incluir también la discriminación sexual e instrucciones más concretas para la aplicación de planes por las empresas<sup>240</sup>.

De allí en adelante, la aplicación de las acciones positivas se expandió a nivel mundial.

4. Otras normas norteamericanas referentes a la discriminación positiva son:

A. La "*Civil Rights Act of 1964*", que abogaba por la generalización del derecho al sufragio activo y combatía la segregación racial. No contemplaba expresamente la cuestión del sexo más que en lo concerniente al empleo;

B. La "*Equal Employment Opportunity Act of 1972*", que vino a cubrir el vacío relativo a minorías y mujeres dejado por la normativa precedente en materia de empleo;

C. La "*Civil Rights Act of 1991*"<sup>241</sup>, y

D. La "*Equal Protection Clause*" (Cláusula de Igual Protección) contenida en la XIV Enmienda y accionable ante la Administración.

5. Hecha una referencia a los antecedentes históricos de este correctivo, nos introducimos en su significado.

Conceptualmente por discriminación positiva o a la inversa: "*se entienden una serie de actuaciones normativas "de favor", de carácter temporal o transitorio, encaminadas a eliminar la discriminación-subordinación de origen histórico de determinados grupos o colectivos, y que se refleja en una desproporcionada menor presencia de los miembros de dichos grupos en los distintos ámbitos de la participación social*"<sup>242</sup>.

Otras definiciones apuntan a señalar que se trata de "*medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad, sobre todo mediante las desigualdades de hecho*"<sup>243</sup>, o una "*atribución de ventajas a determinadas cate-*

<sup>240</sup> Cfr. Barrère Unzueta, María Ángeles en "*Érase Una Vez En América o Los Orígenes de la Acción Positiva*", en "*Base legal positiva*", Emakunde, Instituto Vasco de la Mujer, Biblioteca temática digital, pág. 9, en página web: [www.emakunde.es/images/upload/BLAP](http://www.emakunde.es/images/upload/BLAP)

<sup>241</sup> En los Estados Unidos dos organismos federales aseguran la correcta aplicación de las normas antidiscriminatorias de la Civil Rights Act de 1991.

A. La Comisión sobre igualdad de oportunidades en el empleo y cuya función es de: inspección, recepción de denuncias por los particulares, conciliación y promoción de procesos judiciales por discriminación, y

B. La Oficina encargada de examinar la conformidad de los contratos federales.

<sup>242</sup> Cfr. Barrère Unzueta, María Ángeles, en "*Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*", Editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 30.

<sup>243</sup> Cfr. Rey Martínez, Fernando, en "*El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*", Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1995, pág. 85.



rias (individualizadas sobre la base de uno de los factores que, en principio, prohíben establecer diferencias) respecto de las cuales se ha demostrado una historia de discriminación que les ha limitado las posibilidades de acceso<sup>244</sup>.

Ello se trasluce en la obligación dirigida a los Poderes del Estado dentro de los ámbitos de sus competencias, a elaborar políticas y dictar normas jurídicas que aseguren la igualdad de los grupos afectados por las conductas discriminatorias en el empleo. Su objetivo por consiguiente, está dirigido a neutralizar o compensar los efectos nocivos producidos por los comportamientos, actitudes y estructuras sociales de tipo discriminatorio<sup>245</sup>.

Esas acciones afirmativas implican el ejercicio directo tanto político como jurídico, tendiente a lograr un cambio en la sociedad para dar cumplimiento a la normativa antidiscriminatoria dispuesta en los tratados, normas internacionales<sup>246</sup> y constitucionales<sup>247</sup>, con el objetivo principal de concretar una verdadera igualdad en el empleo y estabilidad, venciendo no sólo a las discriminaciones histórico-tradicionales<sup>248</sup>, sino a todas las expresiones que en el transcurso del tiempo se van generando.

6. A su vez debemos distinguir entre:

A. Las discriminaciones inversas o positivas (que refieren a la fijación de cuotas o trato preferente), y que constituyen una especie de acción positiva.

B. Las medidas de acciones positivas, que son los deberes u obligaciones a los cuales están sujetos los Poderes del Estado, de los cuales las discriminaciones inversas o positivas, componen una técnica admitida.

7. En el plano estrictamente jurídico, la doctrina y jurisprudencia estadounidenses han distinguido entre tres tipos de programas de acción afirmativa:

<sup>244</sup> Cfr. Ulloa, Francesca Cuomo, "Evoluzione o involuzione dell' "affirmative action" nell'esperienza americana: problemi processuali, en riv. Trim. di Diritto e Procedura Civile, anno LI, Marzo 1997, N° 1, pág. 164.

<sup>245</sup> Cfr. Gamonal Contreras, Sergio en "El principio de no-discriminación por razones de sexo en materia laboral", en Cuadernos Jurídicos de la U. Adolfo Ibáñez, N° 18, 2003, pág. 92.

<sup>246</sup> A vía ilustrativa podemos citar el Art. 2° del Convenio Internacional N° 111 de la OIT que dispone: "Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto".

<sup>247</sup> A título enunciativo, el Art. 3° Nral. IV de la Constitución Brasileña, que reza: "Constituyen objetivos fundamentales de la República Federal de Brasil... IV promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color edad o cualesquiera otras formas de discriminación", y el Art. 40 de la Constitución de Colombia que establece que las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la administración pública.

<sup>248</sup> Cfr. Caamaño Rojo, en ob. cit. pág. 94.

A. Las llamadas "Blandas" (*Soft*), que anuncian oportunidades a todos los segmentos de la población, sin distinción de raza o sexo,

B. Las denominadas "Enérgicas" (*Aggressive*), que asignan un plus a determinadas minorías o mujeres, si bien no excluyen totalmente a los miembros de colectivos no beneficiados, y

C. Los "Rompedores" (*Hardball*), de preferencia absoluta hacia los miembros de los grupos elegidos.

8. En el plano jurídico diferentes constituciones y leyes en el Derecho Comparado referentes a políticas de discriminación positiva en el empleo están focalizadas en general, a los grupos específicos de personas que son quienes se favorecerán con esas medidas de promoción de igualdad de trato.

Entre las Cartas Fundamentales, podemos destacar la Constitución española que en su Art. 9° expresa textualmente: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social"; y la italiana que en su Art. 3° dispone: "Incumbe a la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país".

Por lo común e históricamente las personas beneficiadas son las mujeres, las minorías raciales, étnicas, de origen nacional y con capacidades disminuidas entre otras. Así pueden llevarse a cabo esas medidas a través de leyes que impongan cuotas o un porcentaje de plazas a determinados grupos, o que por el hecho de contratar a determinados colectivos segregados, las empresas obtengan beneficios adicionales tales como por ejemplo, la reducción de aportes a los organismos de seguridad social<sup>249</sup>.

<sup>249</sup> Podemos citar como ejemplo del primer caso el Art. 42 de la Ley N° 16.095 del 26 de Octubre de 1989 que establece un sistema de protección integral para las personas discapacitadas en el Uruguay, por el cual el Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y las personas de derecho público no estatales, están obligados a ocupar personas impedidas que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo, en una proporción mínima no inferior al cuatro por ciento de sus vacantes. Esas personas, gozarán de los mismos derechos y estarán sujetos a las mismas obligaciones que prevé la legislación laboral aplicable a todos los funcionarios públicos, sin perjuicio de la aplicación de normas diferenciadas cuando ello sea estrictamente necesario.

En el segundo caso la ley de empleo juvenil uruguayo N° 16.873 del 3 de Octubre de 1997, que otorga beneficios a las empresas que incorporen jóvenes a su personal tales como la exoneración de aportes patronales con destino al régimen jubilatorio y al régimen del Seguro de enfermedad (Art. 26).

9. Pero las medidas de acción positiva no son ajenas a las críticas de sus opositores, fundamentalmente de sectores cercanos a las ideologías neoliberales que defienden la libertad de empresa.

Gamonal entre las censuras que se le realizan destaca las siguientes:

A. Desde una perspectiva utilitarista, se ha argüido que las discriminaciones inversas favorecen la ineficacia del sistema, en tanto la distribución de puestos de trabajo no se hace sobre la base de los méritos de las personas.

Asimismo se ha señalado también, que no son eficaces en la consecución de la igualdad que se pretende promover, sino que por el contrario, favorecen la estigmatización de los pretendidos grupos favorecidos con estas medidas.

B. Otro de los argumentos más citados entre los detractores es que la discriminación inversa deviene injusta, dado que lesiona los derechos individuales de los excluidos a no ser discriminados por los diferentes motivos que llevan a ella (vg. género, raza, religión, edad, compleción física, etc.).

10. Otras críticas que se hacen a la discriminación positiva en el ámbito laboral, estriban en que este tipo de medidas puede provocar consecuencias muy negativas, sobre todo en momentos de grave crisis ocupacional, dado que el trato favorable reservado a un grupo (vg. los negros) implica necesariamente una reducción de las posibilidades ocupacionales y profesionales de los trabajadores del otro grupo (vg. los blancos)<sup>250</sup>. De esa manera, se sanciona a quienes no son ni responsables, ni culpables de las conductas discriminatorias, dejando sin sanción al verdadero responsable que las ha producido.

Así, por ej. en la discriminación laboral han tenido culpa los empresarios; sin embargo, una acción positiva que tiende a poner en el puesto de trabajo a quien antes fue discriminado, perjudica al que forma parte del otro grupo y no a la patronal, que no sufre ningún tipo de sanciones<sup>251</sup>.

11. Sin embargo, Gamonal señala que las discriminaciones inversas no constituyen un quiebre del principio de no-discriminación directa, ya que esta regla exige no sólo un trato diferente sino también perjudicial. Además, las discriminaciones inversas o positivas se distinguen de las discriminaciones directas por su finalidad, que consiste en buscar la igualdad de oportunidades y la eliminación de las desigualdades de hecho. De allí que su aplicación no importa un rasgo negativo.<sup>252</sup>

Asimismo estas medidas no deben verse solamente como reparatorias del pasado, en tanto contemplan el presente y el futuro, porque aspiran a eliminar la ten-

<sup>250</sup> Cfr. Ulloa, Francesca Cuomo, "Evoluzione o involuzione...", ob. cit. pág. 164.

<sup>251</sup> Cfr. Ulloa, Francesca Cuomo, "Evoluzione o involuzione...", ob. cit. pág. 175.

<sup>252</sup> Cfr. Gamonal Contreras, Sergio en ob. cit. pág. 13.

sión social, incrementar la diversidad de la fuerza de trabajo, encontrar un futuro racial y sexualmente integrado, conseguir una situación más justa, etc. De allí que el autor en cita sostiene que "las acciones positivas son más defendibles como arquitectura de un futuro mejor que como compensación por los pecados de discriminaciones históricas"<sup>253</sup>.

Los sujetos discriminados integran una minoría, entendiendo por tal "el conjunto de individuos que, por razones históricas, económicas, políticas o de otro género y en dependencia de rasgos raciales, sexuales, étnicos o lingüísticas, se encuentran en una condición de desventaja frente a otros conjuntos de individuos de la misma sociedad"<sup>254</sup>. La protección que hace el Derecho por ciertos grupos segregados no nace de una culpa personal del que sufre la acción positiva, sino de las estructuras solidamente apostadas en la sociedad, de allí que todos los miembros del colectivo privilegiado comparten la obligación y deben respetar el costo necesario del remedio. La persona excluida que deja un lugar al sujeto beneficiado con la acción positiva, naturalmente no tiene ninguna responsabilidad. No es su pecado que la rectificación de las injusticias sea una necesidad de la sociedad, sin embargo, él tampoco tiene el derecho de impedir que se pongan en marcha medidas más eficaces para tener en el futuro una situación más justa<sup>255</sup>. De este modo, la desigualdad aparece como una acertada herramienta para consumir la igualdad, tal cual lo sostiene Couture, Alves Lima y Alexy, quienes postulan que para igualar una desigualdad de hecho, debe crearse una desigualdad de derecho<sup>256/257</sup>.

12. Finalmente, la aplicación de políticas y la sanción de normas legislativas que establezcan y favorezcan la discriminación positiva, deben guardar coherencia y conformidad con los tratados y normas de Derecho Internacional y la Constitución del país que se trate.

Debe también tratarse de una herramienta dirigida hacia aquellos sectores sociales víctimas de discriminación, cuya existencia deberá determinarse previa

<sup>253</sup> Cfr. Rey Martínez, Fernando, en "El derecho a no ser discriminado..." ob. cit., pág. 105. y también vide Ruiz Miguel, Alfonso en "Discriminación inversa e igualdad", transcripto en Derechos Humanos. Textos y casos prácticos, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 166.

<sup>254</sup> Cfr. Comanducci, Paolo, "Derechos humanos y minorías un acercamiento analítico neolisustrado", en AAVV, "Derechos sociales y derechos de las minorías", en ponencia en "Derechos Humanos...", coordinadores Valdés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo...ob. cit. págs 194/195

<sup>255</sup> Cfr. Kemlemager de Carlucci, Aída siguiendo las enseñanzas de Dworkin, Ronald, en "Las acciones positivas", en AAVV, "Jueces por la Democracia., Información y debate", N° 4, Madrid, Julio 2001, pág 58.

<sup>256</sup> Vide supra Nral. 3°, subcap. V.i, y nota de pie de pág. N° 110, Subcap. II.v.ii.

<sup>257</sup> Cfr. Couture; Eduardo J. decía que «el procedimiento lógico de corregir las desigualdades es crear otras desigualdades». Cfr. "Algunas nociones fundamentales del Derecho Procesal del Trabajo", en "Estudios de Derecho Procesal Civil", tomo I, Ediar S.A., Buenos Aires 1948, pág. 271.

<sup>258</sup> En igual sentido Riso Ferrand, Martín en ob. cit., pág. 5.



constatación y estudios multidisciplinarios serios y profundos, en la medida que no existan otros remedios político-jurídicos para erradicarlos. De allí su carácter de excepcionales<sup>258</sup>.

A su vez, debe tenerse extrema precaución en cuanto a que la aplicación de políticas y/o sanción de normas de discriminación positiva, no creen por vía de consecuencia, otra discriminación prohibida.

Las medidas de discriminación a la inversa deben ser razonables. Se señalan como límites a esta política la búsqueda del equilibrio entre los diferentes sectores, lo que conlleva a no otorgar derechos excesivos en el correlato de contralor rápido y expeditivo. A la vez, evitar que la medida implique una disminución de oportunidades inequitativas a otros, o que trabaje la optimización y/o excelencia del servicio, cargo o función; en definitiva impedir el corporativismo.<sup>259</sup>

## VII.ii. Los códigos de conducta

1. Otro ámbito de no menor importancia como mecanismo válido no sólo para extirpar la discriminación, sino para fomentar y consumir la igualdad en el trabajo, lo constituyen en el Derecho Laboral moderno los denominados "Códigos de conducta".

Estos códigos se insertan —señala Ermida Uriarte—, dentro de la noción "vaga", "imprecisa", "ambigua" o "polisémica", de "responsabilidad social de la empresa"<sup>260</sup>.

Éste fenómeno prácticamente inexistente en nuestro país y en desarrollo fundamentalmente en Europa, ha sido definido —destaca el autor en cita—, por la Comisión Europea como "la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores"<sup>261</sup>.

La doctrina patria —continúa Ermida Uriarte—, conceptúa a esa responsabilidad como "una decisión empresarial unilateral, voluntaria, de cumplimiento obligatorio, que anuncia el propósito de observar determinado comportamiento en el área social"<sup>262</sup>.

Garmendia, haciendo referencia a la responsabilidad social de la empresa referida a los aspectos laborales, expresa que los denominados "códigos de conducta",

<sup>258</sup> Cfr. Vittadini Andrés, Susana N. en «Los límites del principio de igualdad ante la ley», *El Derecho*, Buenos Aires, 1997, págs. 173/795

<sup>260</sup> Cfr. Ermida Uriarte, Oscar en "Responsabilidad social de la empresa: entre el mercado-tecnia y el derecho", en *rev. Der. Lab.* N° 226, Montevideo, Abril-Junio 2007, pág. 307.

<sup>261</sup> Cfr. Ermida Uriarte, Oscar en "Responsabilidad social...", *ob. cit.* págs. 307, 308.

<sup>262</sup> Cfr. Ermida Uriarte, Oscar en "Responsabilidad social...", *ob. cit.* pág. 307.

constituyen enunciados de principios y líneas de acción que adoptan para sí las empresas, cuya observancia demandan también de sus proveedores y subcontratistas<sup>263</sup>.

3. Dentro de esa responsabilidad, se insertan normas de conducta que hacen a la vida interior de la empresa y entre ellas, aquellas que refieren a las relaciones laborales. Esa responsabilidad en general está contenida en los "códigos de conducta", a los que Mangarelli refiriéndose al caso de las empresas multinacionales, define como "reglas mínimas de comportamiento de la empresa que ésta se compromete a mantener en su espacio de actuación en los países donde desarrolla su actividad"<sup>264</sup>.

Se trata entonces de reglas emanadas unilateralmente del empleador, que contienen entre otras cláusulas aquellas que refieren al trato y respeto de la dignidad del trabajador.

4. Entre esas normas, están aquellas que refieren al rechazo de cualquier conducta o actitud discriminatoria de cualquier naturaleza, entre las que se encuentran —señala Mangarelli—: "la edad, raza, género, origen, orientación sexual, cultura y religión"<sup>265</sup>.

5. En cuanto a su contenido, el Grupo de Trabajo sobre las Dimensiones Sociales de la Liberalización del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo de Noviembre de 1998, al examinar los acontecimientos globales y las actividades de la Oficina en relación a los códigos de conducta, el etiquetado social y otras iniciativas del sector privado que revisten importancia para las cuestiones laborales, analizó el tema de la discriminación dentro de dichos códigos.

Ese estudio que refería a las tendencias y las cuestiones que surgían dentro del sector privado, relativas a los métodos voluntarios para hacer frente a las prácticas laborales en las actividades de la empresa, constató que la mayoría de los códigos, hacían referencia al problema de la libertad ante la discriminación, fundamentalmente a través del respeto y la dignidad de los trabajadores. Otros códigos hacían referencia directa a la erradicación de la discriminación; otros enumeraban los ámbitos de discriminación (vg. que los empleados no serán discriminados por sus características o creencias personales) y la minoría hacía referencia directa a las normas del Convenio Internacional N° 111 de la OIT.

<sup>263</sup> Cfr. Garmendia, Mario en "Eficacia práctica de las normas laborales", *Fundación de Cultura Universitaria*, Montevideo 2005, pág. 51.

<sup>264</sup> Cfr. Mangarelli, Cristina, en "Códigos de conducta y derecho a un ambiente de trabajo libre de toda forma de acoso", en *Relaciones Laborales*, N° 11, Montevideo, Agosto 2006, pág. 81.

<sup>265</sup> Cfr. Mangarelli, Cristina, en "Códigos de conducta...", *ob. cit.* pág. 82.

También se destaca en el examen, la existencia de códigos de conducta que mitigan la discriminación a través de la promoción de igualdad de oportunidades para ascender<sup>266</sup>.

6. Finalmente, en cuanto a su eficacia jurídica, si bien su fuente proviene de la voluntad unilateral del empleador, lo que "*prima facie*" disipa cualquier equiparación o consideración como norma jurídica autónoma dentro de las fuentes del derecho reconocidas en el ámbito de la autonomía de la disciplina, el tema es objeto de polémicas.

La postura que sustenta se torna igualmente en auto-obligatoria aunque emane únicamente del empleador, es a la que adherimos.

Ermida Uriarte señala que su validez se puede equiparar al reglamento interno, en tanto contenga normas más favorables que el contrato de trabajo, la ley o el convenio colectivo, por lo que podría exigirse por los trabajadores<sup>267</sup>.

Mangarelli, aunque refiriéndose al acoso en general, el cual constituye una de las modalidades en que el trato discriminatorio por motivos raciales, de origen nacional o etnia se puede manifestar, se inclina también por la obligatoriedad en el cumplimiento de esas cláusulas de los códigos. Y esa exigencia tiene como fuente al propio contrato de trabajo. Se incluya o no en los códigos, la obligación de no discriminar es inherente al contrato laboral, dado que el empleador debe proporcionar un ambiente laboral en el cual el trabajador no sufra de tratos, o tratos diferenciales, o falta de respeto, menosprecio, postergaciones, etc.<sup>268</sup>, o a la inversa favoritismos, prebendas, etc., por su raza, origen nacional o etnia, tanto del empleador (en ambos casos), como de sus compañeros (en el primero de ellos).

7. A las posturas doctrinarias transcritas, agregamos como fundamento adicional, que en la misma orientación del razonamiento de Mangarelli en el numeral que antecede, la obligación de no discriminación, si bien surge "*in situ*" del contrato de trabajo (lo que permite calificar de superabundante toda cláusula que refiera al tema, porque esté o no inserta en el código, tanto el empleador como los trabajadores deben cumplir esa obligación), la fuente de esa obligatoriedad y concomitante exigibilidad si no se cumple, surge a nuestro juicio del bloque de constitucionalidad y la eficacia horizontal de los derechos humanos fundamentales.

El conjunto conformado por las normas internacionales, regionales, comunitarias y constitucionales que reconocen y protegen los derechos humanos fundamen-

<sup>266</sup> Cfr. OIT, Consejo de Administración en "Examen general de los acontecimientos globales y las actividades de la Oficina en relación a los códigos de conducta, el etiquetado social y otras iniciativas del sector privado que revisten importancia para las cuestiones laborales", Ginebra, Noviembre de 1988, págs. 28/29.

<sup>267</sup> Cfr. Ermida Uriarte, Oscar en "Responsabilidad social...", ob. cit. pág. 313.

<sup>268</sup> Cfr. Mangarelli, Cristina en "Códigos de conducta...", ob. cit. pág. 86.

tales, así como el *jus cogens* (instrumentos internacionales que contienen normas sobre derechos humanos fundamentales, independientemente de su ratificación), son autoejecutables y de aplicación inmediata, aún a falta de reglamentación<sup>269</sup> y su eficacia horizontal hoy día en el estado de la evolución del derecho es indiscutible, pues comprende y se aplica a las relaciones entre empleadores y trabajadores, lo que torna en reivindicatorio su cumplimiento y respeto en toda ocasión, en todo lugar y en todo momento.

8. De todos modos, la inclusión de cláusulas no discriminatorias o de igualdad de trato en los códigos de conducta, además de reforzar el respeto del derecho, su efecto psicológico es innegable, en la medida que refuerza aún más la conciencia de su acatamiento y las consecuencias para quien lo incumpla.

Muchas veces las estipulaciones reiterativas, redundantes resultan efectivas y creemos que en caso el derecho a la *no-discriminación*, incluida en estos códigos, refuerza la conciencia social de a quienes va dirigida, en el ánimo de propender a su respeto y evitar por contrapartida su quebrantamiento.

#### VII.iii. La doctrina de la Comisión de Expertos de la OIT respecto a las medidas positivas contenidas en el Convenio y Recomendación N° 111 de la OIT

Respecto a la adopción de medidas y políticas contenidas en el Convenio N° 111 de la OIT dirigidas a extirpar el problema de la discriminación en el empleo, la Comisión de Expertos de la OIT sostiene que este puede aplicarse en distintos niveles de reglamentación, a saber: las constituciones nacionales, la legislación, la jurisprudencia y los convenios colectivos.

Cuando se adoptan disposiciones para dar efecto al Convenio, éstas deben comprender el conjunto de los siete criterios de discriminación que constan en el artículo 1 a), entre los que se encuentran (valga la tautología), la raza, ascendencia nacional y etnia.

De todos modos la Comisión es conteste en señalar que la legislación si bien es de esencia, no basta por si misma para aplicar el Convenio. En efecto, ninguna sociedad está exenta de prácticas o conductas discriminatorias y "*denegar su existencia es un serio obstáculo para hacerle frente y para avanzar en la promoción de igualdad de oportunidades y trato*".

La aplicación de los principios del Convenio, requiere:

A. Obligación del Estado de aplicar la política nacional y promoción de la igualdad en lo que concierne a los empleos sometidos al control directo de la autoridad nacional.

<sup>269</sup> Vide infra Nrales. 2 y 3 del Subcap. IX.ii.ii.



Más allá del reconocimiento por las normas constitucionales, de los principios de igualdad y no discriminación, se requiere de parte de los Estados, la instauración de una política de igualdad de oportunidades y de trato. Ésta implica la adopción de medidas específicas destinadas a rectificar las desigualdades comprobadas en la práctica, en un proceso permanente durante el cual la política nacional en materia de igualdad debe ajustarse constantemente a los cambios que se operan en la sociedad.

La Comisión destaca también, que sin perjuicio de las medidas legislativas, debe exigirse a los gobiernos que adopten y apliquen una política nacional a través de medidas positivas con el objetivo de eliminar la discriminación por cualquiera de las razones contenidas en el Convenio.

B. Colaboración con las organizaciones de empleadores y de trabajadores.

El apoyo que se requiere aquí es activo entre estas organizaciones.

En general se utiliza para la preparación y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en el marco de la política nacional prevista en el artículo 2º, y después a nivel del tipo de actividad de la empresa o el establecimiento, para la aplicación directa de los principios del Convenio. Esta colaboración que va más allá de la simple consulta de las organizaciones de empleadores y de trabajadores, debe permitir una auténtica consideración de las posiciones de las diversas partes.

#### VII.iv. Las medidas positivas en el ámbito de la negociación colectiva

1. Ackerman postula que el convenio colectivo, en el marco de la previsión del Art. 5.2 del Convenio 111 de la OIT (a la que califica de indicativa), puede disponer medidas o instrumentos adecuados de protección o asistencia frente a los actos que se consideran discriminatorios. Así las más frecuentes suelen ser el establecimiento de acciones positivas, tales como fijar cupos o cuotas, o el derecho de preferencia en auxilio de los grupos segregados o *"insuficientemente representados en el ámbito de la aplicación del convenio"*<sup>270</sup>.

2. Adentrándose al problema de la discriminación racial, el autor enfatiza que en el campo de las ofertas de empleo se *"pueden encerrar prácticas discriminatorias"*, ya sea por los requisitos exigidos a los postulantes, ya sea por el léxico de los anuncios y avisos<sup>271</sup>, e incluso por el medio en donde se publican<sup>272</sup>.

<sup>270</sup> Cfr. Ackerman, Mario en *"La Negociación Colectiva Como Instrumento para la Aplicación del Convenio 111 de la OIT"*, publicación de la Oficina Internacional del Trabajo, Equipo multidisciplinario para Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay, N° 78, Chile, 1998, pág. 4.

<sup>271</sup> Un ejemplo de ello es la solicitud de *"jóvenes de buena presencia"*, que puede suponer una exclusión no siempre justificada por la naturaleza de la actividad laboral a cumplir (otros casos pueden ser la edad, el género, etc.)

<sup>272</sup> En este caso puede operar como mecanismo de discriminación indirecta, en función del medio masivo de comunicación elegido, el que va dirigido al grupo social de oyentes, televidentes o lectores del medio de comunicación elegido

De allí que la negociación colectiva, basándose en la voluntad sincera de las partes tendiente a erradicar la discriminación en el empleo, supone:

A. La instauración de un órgano bipartito con carácter de permanencia para resolver las controversias vinculadas con los temas de discriminación.

B. La delineación de instrumentos (vg. sanciones pecuniarias al empleador), para la protección frente a las represalias que se puedan imponer por denuncias de discriminación ya sean formuladas en forma individual o por los sindicatos.

C. La creación de institutos bipartitos (previendo su financiación), cuyo objetivo sea la formación profesional y orientación destinados a los grupos desaventajados.

D. Organización de una red de información.

E. Realización de actividades permanentes de reflexión y debate con participación bipartita para atender el problema<sup>273</sup>.

3. Sin embargo, Ackerman entiende que existen cinco obstáculos para que la igualdad de oportunidades y no discriminación se concreten a través de la negociación colectiva<sup>274</sup>.

A. La primera es el contexto general de la sociedad y la relación triangular que la misma puede provocar, en la medida que las relaciones laborales expresan valores de la comunidad en las que aquellas se insertan.

Sabido es que la discriminación obedece a diferentes razones. De allí que su desarrollo dependerá del grado de discriminación que la sociedad donde se instauran esas relaciones, se exteriorice.

Esa ligadura entre el contexto social y las relaciones de empleo, explica según el autor, que se origine una relación triangular que comprende a tres sujetos:

Al empleador que discrimina; el/la trabajador/a discriminado/a; el/la trabajador/a no discriminado/a, ni discriminante activo, pero pasivo, y beneficiado por la discriminación.

En conclusión en una sociedad donde la discriminación se tolera, el trabajador que no es segregado y que se favorece con las medidas positivas la que paralelamente colocan en una situación desventajosa a otros trabajadores, considera normal esa posición e incluso podría mantener una postura neutra y ser un aliado del empleador que discrimina, pero con el inevitable trance para obtener el respaldo de aquel para impulsar la igualdad.

B. El segundo escollo consiste en la bidireccionalidad de la discriminación. Las ventajas obtenidas por el sujeto discriminado, se corresponden con otras desventa-

<sup>273</sup> Cfr. Cfr. Ackerman, Mario en *"La Negociación Colectiva..."*, ob. cit., pág. 7.

<sup>274</sup> Cfr. Cfr. Ackerman, Mario en *"La Negociación Colectiva..."*, ob. cit., pág. 7 y sgtes.

jas que sufren las otras personas que también forman parte de la relación laboral. De ese modo en las discriminaciones por motivos de raza, origen nacional o etnia, los individuos desfavorecidos son los empresarios y los trabajadores no discriminados, puesto que en el caso de los primeros, el resentimiento obvio de los sujetos postergados, naturalmente menguará el grado de compromiso con la empresa.

En el caso del resto de los trabajadores, al dividirse su conjunto entre desaventajados y favorecidos, aparejará como consecuencia un obstáculo para llevar a cabo en conjunto, acciones encaminadas a reivindicar y defender sus intereses comunes.

C. El tercer problema, consiste en la desigualdad de oportunidades y de trato en el interior de la vida sindical.

Una línea de conducta que vaya en contra de la prohibición preceptuada por el inc. f) del punto 2 de la Recomendación N° 111 de la OIT<sup>275</sup>, implica la no participación o participación en un plano de desigualdad en los órganos de decisión del sindicato, de los grupos segregados. Incluso eso puede llevar a que las demandas de trato discriminatorio de las que puedan ser víctimas en la relación laboral, no sean abordadas por la organización sindical.

D. Respecto al problema de la permanencia y regularidad en el empleo, la discriminación además de afectar a las relaciones individuales (favorecida por lo altos índices de desocupación, la informalidad, precariedad y la individualización de las relaciones laborales), en la negociación colectiva disminuyen la capacidad negociadora y comprimen el ámbito de aplicación de los convenios.

E. Finalmente para desarmar el triángulo y romper con el círculo de la discriminación (actitud que Ackerman califica de detestable y que en su opinión puede ser favorecida o desalentada por las normas, aunque no ha podido ser ni será aniquilada por estas), la negociación colectiva aparece como un ámbito propicio para ello, por constituir un medio privilegiado en la que los sujetos implicados (empleadores y trabajadores; discriminadores, discriminados y beneficiados), puedan discutir los motivos y consecuencias del trato diferencial.

Los acuerdos que se incorporen a los convenios colectivos y cuyo contenido refiera a la eliminación del trato desigualitario en las relaciones laborales, podría progresivamente desarticular la relación triangular de discriminación y eliminar de esa manera "el círculo vicioso de negación de derechos humanos fundamentales".

4. Ackerman concluye que lo dicho refiere a como "comenzar y actuar para hacer realidad la propuesta humanitaria y solidaria del Convenio 111 de la OIT"<sup>276</sup>.

<sup>275</sup> Dispone la norma: "...las organizaciones de empleadores y trabajadores no deberán practicar ni tolerar discriminación alguna respecto a la afiliación en las mismas, a la conservación de dicha afiliación o a la participación en asuntos sindicales"

<sup>276</sup> Cfr. Ackerman, Mario en "La Negociación Colectiva...", ob. cit., pág. 11.

5. En definitiva, la negociación colectiva y la lucha contra la discriminación laboral persiguen una finalidad de orden democrática e igualitaria y que sin lugar a dudas se refuerzan mutuamente.

Constituye un ámbito valedero y plausible para eliminar esta contrariedad, máxime cuando se trata de un instrumento de fuste en manos de los interlocutores sociales para superar los tratos diferenciados o las desventajas de los trabajadores en las empresas o en sectores de actividad.

Éste amén de contener cláusulas normativas que aborten la discriminación, puede establecer políticas bipartitas dirigidas a garantizar y efectivizar a través de medidas positivas, la igualdad de trato y oportunidades de todos los trabajadores, con independencia de su raza, el origen o la nacionalidad y la etnia.

Pero no obstante lo dicho, queda mucho camino por recorrer. En efecto, resulta inevitable cuestionarse hasta qué punto se satisfacen las expectativas que la negociación colectiva despierta, en la medida que los únicos trabajadores que disfrutan de ese derecho, son aquellos que se encuentran dentro del mundo del trabajo formal. Los que se sitúan en el plano informal, entre los que se ubican en gran número los sujetos los discriminados por raza, origen nacional y etnia, carecen de esta posibilidad, sobre todo los de los países subdesarrollados o en vías de desarrollo. De allí que la lucha contra la discriminación en este ámbito requiere resolver un contratiempo que se suscita en un estadio anterior, que reside en la inclusión de los trabajadores informales en el mundo de la formalidad.



## CAPÍTULO VIII

### EL TRATAMIENTO DEL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS DE LOS PAÍSES DE LA REGIÓN

A continuación estudiaremos el tratamiento que los ordenamientos jurídicos de diferentes países de Sudamérica hacen del derecho humano fundamental a no ser discriminado en las relaciones laborales por motivos de raza, ascendencia nacional o etnia.

Su aporte resulta trascendente a la hora de adentrarnos al análisis de la situación en nuestro país, puesto que resulta innegable la influencia que sus tratamientos y soluciones normativas, doctrinarias y jurisprudenciales aportan a nuestro sistema jurídico.

#### VIII.i. Argentina

1. La Constitución Argentina de 1994 en el Art. 14° bis preceptúa: *"El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor"*, y el Art. 16° reconoce la igualdad de todos los habitantes ante la ley y en la admisión a los empleos, sin otra condición que la idoneidad

El Art. 43 párrafo 1° refiere a la promoción de la acción de amparo y conforme al texto del párrafo 2°, procede contra cualquier forma de discriminación<sup>277</sup>.

El Art. 75 Nral. 22° establece que los instrumentos internacionales allí señalados, tienen jerarquía constitucional y deben entenderse complementarios de los

<sup>277</sup> El texto constitucional dispone: (párrafo 1°): *"Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra... cualquier forma de discriminación..."*, y (párrafo 2°): *"Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización"*.

derechos y garantías por ella reconocidos y a los que no derogan<sup>278</sup>. Y el Nral. 23<sup>o</sup> inc. primero del mismo Art., obliga al legislador a adoptar medidas positivas tendientes a asegurar que todas las personas sin exclusiones puedan gozar de los derechos humanos en igualdad de condiciones.

2. En el plano legislativo, varias leyes abordaron el tema de la discriminación.

La primera de ellas fue la Ley de Contrato de Trabajo, N° 20.744 del 13 de Mayo de 1976 (texto ordenando por el Decreto N° 390/976).

Esta norma, en el Art. 17<sup>o</sup> implantó la prohibición de todo tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad. Por su parte el Art. 81 establecía la igualdad de trato, disponiendo expresamente: *“El empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. Se considerará que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contratación a sus tareas por parte del trabajador.”*

3. La Ley N° 23.592 del 23 de Agosto de 1988 sobre discriminación actualmente vigente, dispone en su Art. 1<sup>o</sup> que: *“Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados”*<sup>279</sup>.

4. La Ley N° 25.877 promulgada el 18 de Marzo de 2003, que derogó en su Art. 41 algunas disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo N° 25.013 del 22 de Setiembre de 1998 y la Ley de Contrato de Trabajo (texto ordenado por el Decreto 390/976) N° 20.744, en lo que a la discriminación laboral refiere, alcanzó al Art. 11<sup>o</sup> de la Ley N° 25.013, que establecía el incremento del 30% en la indemnización por antigüedad prevista en el artículo 7<sup>o</sup> de la misma ley, para los casos de despido fundado en discriminaciones por raza, sexo y religión.

<sup>278</sup> Entre los que refieren a la no-discriminación, la Constitución Argentina remite expresamente a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

<sup>279</sup> La norma eleva las penas de los delitos previstos en el Código Penal y leyes complementarias, cuando sean cometidos por persecución u odio a una raza, religión, nacionalidad o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial, o religioso.

La doctrina argentina es conteste en señalar, que el legislador podría haber mantenido el incremento del 30% de la indemnización prevista por el Art. 245 de la Ley N° 20.744, sustituido por el Art. 5<sup>o</sup> de la Ley N° 25.877, y conservar de esa manera el crecimiento alcanzado por el Derecho Individual de Trabajo en materia de igualdad de trato.

5. Como evaluación, verificamos que en la Argentina cualquier distinción desfavorable hacia una persona con motivo de su raza, religión, nacionalidad, sexo, condición social, aspecto físico, u otras similares, es contraria a derecho. Pero; ¿que sucede en la realidad?

Atento al seguimiento que del *“Plan Nacional contra la Discriminación en la República Argentina”* (aprobado por el Decreto del Poder Ejecutivo N° 1086/2005 del 7 de Setiembre de 2005), el Instituto contra la Discriminación, Xenofobia y el Racismo (INADI)<sup>280</sup> hace, en términos generales la discriminación en la Argentina se esconde en todos los rincones sociales adoptando modalidades complejas. A las tradicionales formas de discriminación por razones étnicas, políticas, religiosas, económicas se agregan nuevos estigmas de marginación e intolerancia, que se proyectan en la negación de los derechos básicos de las personas entre los que se encuentra el trabajo<sup>281</sup>.

Durante las Jornadas Cuatripartitas sobre Responsabilidad Social Empresarial, realizadas el 28 de Setiembre de 2004, el Ministro de Trabajo Carlos Tomada en su exposición *“El Estado y el diálogo”*, sostuvo: *“El tercer elemento es un hecho que por doloroso no deja de ser real, y es el tema de la discriminación. Que junto con el de trabajo infantil son dos problemas a los cuales la Argentina ha mirado de costado sin asumir en plenitud la responsabilidad de limitar en el crecimiento de estos dos males. Y cuando hablo de la discriminación, y aquí estoy hablando tanto de la igualdad de derechos entre varones y mujeres en el mundo laboral, pero también estoy hablando de que a caballo de un mercado de trabajo duro, se han instalado en Argentina prácticas discriminatorias en razón de nacionalidad, por razones gremiales, por razones políticas, incluso por razones religiosas. Y este es un mal que la Argentina siempre pensó que era de otra realidad...”*

Nosotros no teníamos ese problema... este es un compromiso que no solamente tiene que tomar el sector empleador cuando habla de Responsabilidad Social Empresarial sino que obviamente nuestro gobierno ha asumido fuertemente en orden... al

<sup>280</sup> El INADI es un ente descentralizado que fue creado mediante la Ley N° 24.515 del 28 de Julio de 1995 y comenzó sus tareas en 1997. Desde el mes de marzo de 2005, por Decreto Presidencial N° 184, se ubicó en la órbita del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

<sup>281</sup> Cfr. página web <http://www.inadi.gov.ar> **Discriminación, la Xenofobia y el Racismo.**



combate a toda forma de discriminación tarea a la que nos convocamos y seguiremos trabajando con todo énfasis<sup>282</sup>.

En sintonía con lo señalado por el Secretario de Estado, agregamos: *“el deterioro de la situación social argentina no sólo implicó la pérdida de miles de puestos de trabajo sino también un profundo retroceso en la calidad de las relaciones laborales, cuyas expresiones más evidentes fueron la informalidad, la pérdida de capacidades profesionales adquiridas o el debilitamiento de la cohesión social. En ese marco, fueron tomando visibilidad algunas conductas abusivas hasta entonces aletargadas, como es el caso de la discriminación por razones físicas, de género, raza o religión”*<sup>283</sup>.

6. En la Argentina, los motivos raciales se han instalado en el mundo del trabajo como sostén de discriminaciones y tratos desiguales entre hombres y mujeres afectando, entre otros, a los/as inmigrantes, a las minorías étnicas y a los pueblos y comunidades indígenas. Otra de las formas de discriminación que tomó impulso en los últimos años es la ejercida contra aquellas personas que padecen enfermedades —especialmente VIH/sida— y contra quienes tienen algún tipo de discapacidad.

Entre las denuncias recibidas por el INADI en el año 2003, un 25 % correspondió a actitudes discriminatorias ejercidas contra personas afectadas por problemas de salud o por motivos de discapacidad. De la misma manera, también se registran denuncias por motivos de edad, como la imposición de un límite de edad para el acceso a un puesto de trabajo o sutilezas tales como solicitar un exceso de experiencia laboral para un cargo, limitar el acceso a la formación y la exigencia de condiciones que obligan prácticamente a que el trabajador opte por la jubilación anticipada.

Aunque parecen haber desaparecido algunas de las formas más flagrantes de discriminación, muchas permanecen y otras han adoptado nuevas formas o son menos visibles. Los cambios en la estructura y dinámica de los mercados de trabajo, que resultan de procesos políticos, económicos, sociales y culturales de mayor alcance, definen nuevos modelos de estratificación y movilidad sociales<sup>284</sup>.

7. Paulatinamente, la jurisprudencia laboral Argentina ha venido aplicando el Art. 1° de la Ley Antidiscriminatoria N° 23.592 del 23 de Agosto de 1988, declarando nulos los despidos motivados en conductas discriminatorias, consagrando en este

<sup>282</sup> Cfr. Jornadas Cuatripartitas de Responsabilidad Social Empresaria, Jornada Inaugural, Buenos Aires, 28 de Setiembre de 2004, pág. 22

<sup>283</sup> Cfr. *“Discriminación laboral: un abuso doloroso y frecuente”*, Diario Clarín, edición del 14 de Noviembre de 2004.

<sup>284</sup> Cfr. Fundamentos del Mensaje Proyecto de Ley de la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Congreso de la Nación Argentina de modificación del artículo 17 del título I, Disposiciones generales, de la ley 20.744, repartido 3.107-S-05 del 22 de Setiembre de 2005, elevado por la Senadora Nacional por la Provincia de Mendoza, María Cristina Perceval.

aspecto un régimen de estabilidad relativa propia, aunque los mismos no versan sobre discriminaciones basadas en razones de raza, origen o ascendencia nacional o etnia.

### VIII.ii. Brasil

1. El Art. 5° de la Constitución Brasileña de 1988, establece la igualdad de todas las personas ante la Ley, y que los hombres y mujeres tienen los mismos derechos y obligaciones (sección I).

Es una obligación fundamental del Estado promover el bienestar de todos sin discriminación (artículo 3.IV). Además, el Art. 5 sección XLI estipula que la discriminación ilegal en materia de derechos y libertades individuales serán sancionados por Ley.

En el capítulo II, Intitulado *“De los derechos sociales”*, el Art. Art. 7° dispone: *“Son Derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros que tienden a la mejora de su condición social: ...XXX la prohibición de diferencias salariales, de ejercicio de funciones y de criterios de admisión por motivos de sexo, edad, color o estado civil; XXXI la prohibición de cualquier discriminación, en lo referente al salario y a criterios de admisión, del trabajador portador de deficiencias”*.

2. La Consolidación de Leyes de Trabajo del 1° de Mayo de 1943 con vigencia a partir del 10 de Mayo del mismo año (Decreto-Ley N° 5.452), estableció en su Art. 5° la igualdad salarial entre hombres y mujeres de todo trabajo de igual valor<sup>285</sup>. A su vez implantó la igualdad salarial también entre los trabajadores nacionales y extranjeros (Art. 358) y siendo idéntica la función, a todo trabajo de igual valor para el mismo empleador, en la misma localidad, corresponderá igual salario sin distinción de sexo, nacionalidad o edad (Art. 461).

3. La Ley N° 1.390/51 en su Art. 7° conocida como Ley *“Alfonso Arinos”* en la redacción dada por la Ley N° 7.437 del 20 de Diciembre de 1985 que establece como figura delictiva y sanciona penalmente con la imposición de una multa y prisión de tres meses a un año de prisión, a todo aquel que niegue a una persona empleo por razones raciales.

La Ley N° 7.716 del 5 de Enero de 1989 referente a:

A. El impedimento u obstaculización del acceso de personas habilitadas al ingreso a la Administración Pública en forma directa o indirecta a través de concesionarios públicos (Art. 5°), por razones de raza.

<sup>285</sup> Art. 5° *“...a todo trabajo de igual valor, corresponderá salario igual, sin distinción de sexo”*.

B. Negar u obstar empleo en una empresa privada por idénticos motivos que la anterior (Art. 4°), se penalizan con dos a cinco años de reclusión, más la pérdida del cargo a la función en el caso de la función pública para los servidores del Estado, y la suspensión del establecimiento, tratándose de una empresa privada por un período no superior a tres meses.

Los motivos de los actos discriminatorios establecidos en esta disposición, fueron ampliados por la Ley N° 9.459 del 13 de Mayo de 1997, que extendió el elenco, incluyendo a las razones de raza o color, la etnia, religión y la procedencia nacional.

4. La Ley N° 9.029 del 13 de Abril de 1995, prohíbe la discriminación en el acceso o mantenimiento de empleo por razones de sexo, origen nacional, raza, color, estado civil, situación familiar y edad, salvo aquellas que refieren a la protección de menores contenidas en el Art. 7° inciso XXXIII de la Constitución Federal. También prohíbe los tests y declaraciones sobre embarazo o esterilización.

5. La Ley N° 7.853/89 del 24 de Octubre de 1988 y el Decreto N° 3.289/99, que dispone el apoyo a las personas portadoras de deficiencia para su integración social, estableciendo como valores básicos: (Art. 1°) igualdad de tratamiento y oportunidades; justicia social; respeto a la dignidad de la persona humana; bienestar; y los otros indicados en la Constitución o justificados en los Principios Generales del Derecho.

6. Ley N° 7.783 del 28 de Junio de 1989 sobre derecho de huelga, cuya finalidad es asegurar y proteger su ejercicio, salvaguardándola entre otros, de los actos discriminatorios de los empleadores.

7. La Ley N° 9.799 del 26 de Mayo de 1999 referente a la promoción del acceso de la mujer al mercado de trabajo, incluida en la consolidación de Leyes de Trabajo en el Art. 373-A, establece entre otras prohibiciones: "Publicar o hacer publicar anuncio de empleo en la cual se haga referencia al sexo, edad, color o situación familiar, salvo cuando la naturaleza de la actividad a ser ejercida pública y notoriamente así lo exigiere (Nral. I); exigir test o examen de cualquier naturaleza para comprobar la esterilidad o gravidez para la admisión o permanencia en el empleo" (Nral. IV); impedir el acceso a adoptar criterios subjetivos, para diferir inscripciones o aprobación en concursos, en empresas privadas, en razón de sexo, edad, color, situación familiar o estado de gravidez" (Nral. V).

8. En cuanto a su examen crítico, Alves Lima, señala que los instrumentos antidiscriminatorios en las relaciones de trabajo en el Brasil son bien limitados, no solamente por el escaso número de normas que regulan el tema, sino porque no existen otros dispositivos que no sean los emergentes de las leyes prohibitivas antes señaladas. Agrega que si bien la Constitución permite la existencia de varios mecanismos antisegregacionistas en las relaciones de trabajo, la legislación ordinaria no

la acompaña, dejando un gran vacío parcialmente cubierto por leyes dispersas y muy delimitadas.

Objeta el hecho que si bien las normas constitucionales protegen y favorecen la implementación de medidas de promoción de las minorías, éstas son escasas y las soluciones judiciales son timoratas, e ineficientes las actuaciones administrativas.

Por último, advierte que ninguna norma brasileña contiene una definición explícita de lo que se entiende por "discriminación", como lo establece claramente el Convenio Internacional de la OIT N° 111, o los ordenamientos jurídicos de los Estados Unidos o la Unión Europea. Todo ello apareja en su opinión, que en Brasil queda mucho por hacer para eliminar las prácticas discriminatorias, en las cuales el Derecho del Trabajo constituye un arma de fuste para combatir las<sup>286</sup>.

### VIII.iii. Chile

1. En el ordenamiento jurídico chileno, existen disposiciones que promueven la igualdad de oportunidades entre los habitantes del país, estando reconocido de esa manera el derecho fundamental a no ser discriminado.

El Art. 1° de la Constitución de 1980, establece: "*Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos. El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.*". El primer párrafo garantiza a todos los habitantes del país el derecho fundamental de la igualdad y la no discriminación en ningún ámbito social.

A su vez el Art. 19 Nral. 2° dispone: "*La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley, ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.*". Lo expuesto significa que no habrá grupos distintos ni privilegiados ante la ley chilena.

Finalmente el Art. 5° señala que: "*Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.*" Lo expuesto confirma que en este país debe darse cumplimiento y promoverse los dere-

<sup>286</sup> Cfr. Alves Lima en ob. cit. pág. 316.



chos reconocidos en los instrumentos internacionales de los que forma parte, a saber entre otros: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU de 1948; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el Pacto de San José de Costa Rica; los Convenios Nros. 100 y 111 de la OIT; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>287</sup>.

2. En el ámbito estrictamente laboral, el Art. 19 Nral. 16° inc. 3 de la Carta Fundamental reza: *"La Constitución asegura a todas las personas:... La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución. Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos"*.

En cuanto al examen crítico de las disposiciones constitucionales, Gamonal destaca que el Art. 19 transcrito si bien reconoce con amplitud el derecho a no ser discriminado, dispone excepciones, una de carácter general y dos particulares. La primera está dada por la capacidad e idoneidad personal, aspecto que en definitiva permite realizar diferenciaciones o discriminaciones lícitas, en tanto estas se tratan de aspectos que guardan relación con la formación o preparación técnica o profesional del trabajador para el ejercicio de determinado cargo<sup>288</sup>.

Expresa Gamonal en consonancia a este respecto: *"El principio de igualdad no implica una prohibición absoluta de las diferencias, si no una aspiración normativa a la igualdad entre todos los seres humanos respecto de los derechos cuya titularidad exige dicha condición, "de ser humano". En consecuencia no todas las diferencias son relevantes para el juicio de igualdad, sino sólo las esenciales cuando son arbitrarias, ya que carecen de razonabilidad. Por tanto, el principio de no discriminación permite la existencia de diferencias, siempre que éstas sean razonables"*.<sup>289</sup>

La segunda y particular está dada por la exigencia de la nacionalidad chilena recogido también por los Arts. 19 y 20 del Código de Trabajo, al que Caamaño

<sup>287</sup> Cfr. Caamaño Rojo, Eduardo en *"El Derecho a la no discriminación..."*, ob. cit. pág. 51 sgtes., y Carmona Martín, Karla Yasmin y Veliz Fuenzalida, Hugo Fernando, bajo la guía de Walker Errázuriz, Francisco en *"Discriminación laboral (Aspectos doctrinarios y situación en Chile)"*, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Santiago de Chile, 2005, pág. 10 y sgtes.

<sup>288</sup> Cfr. Gamonal Contreras, Sergio *"Los derechos del trabajador en la Constitución Chilena"*, en Anuario de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, N° 3/2004, Derechos Fundamentales, Homenaje al Profesor Patricio Novoa Fuenzalida, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Santiago de Chile, 2004, págs. 58/49.

<sup>289</sup> Cfr. Gamonal Contreras, Sergio en *"La libertad de trabajo y el principio de no discriminación en la Constitución"*, en revista Laboral Chilena, Santiago de Chile, N° 123, Enero 2004, pág. 62.

califica como excepción razonable y que debe ser necesariamente determinada por una norma jurídica y no por los particulares<sup>290</sup>.

3. En el plano legislativo, el Art. 2° del Código del Trabajo en su nueva redacción (luego de las últimas modificaciones legales, fundamentalmente las introducidas por la Ley N° 19.759 del 5 de Octubre de 2001), determina la prohibición de distinción en el trabajo establecida en la Constitución y declara en su inc. 2, que son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación<sup>291</sup>. Seguidamente, el inc. 3° define los *"actos de discriminación"* como aquellas *"distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación"*.

Caamaño Rojo, analizando la definición de los actos discriminatorios que hace la normativa chilena, sostiene que las modificaciones legales antes anotadas importan un gran avance en el ordenamiento jurídico trasandino<sup>292</sup>, en tanto concretan el efecto que esos actos deben producir para entender configurado un caso de discriminación en el trabajo (que anulen o alteren la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación)<sup>293</sup>. No obstante a su juicio, no parece provechosa la técnica legislativa de ir agregando a este inciso criterios o factores de diferenciación prohibidos, en la medida que ello obligaría a modificar y reactualizar asiduamente la norma, teniendo en cuenta que los motivos de criterios que pueden dar lugar a un caso de discriminación son ilimitados.

Por otra parte esa práctica seguida por el legislador no toma en cuenta el mandato constitucional del artículo 19 Nral. 16, en virtud del cual toda discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal se encuentra prohibida, sin perjuicio que en ciertos casos, la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad<sup>294</sup>.

<sup>290</sup> Cfr. Caamaño Rojo, Eduardo en *"El Derecho a la no discriminación..."*, ob. cit. págs. 72/3.

<sup>291</sup> Establece la norma: *"Son contrarias a los principios de las leyes laborales las discriminaciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad u origen social. En consecuencia, ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a esas circunstancias"*.

<sup>292</sup> Cfr. Caamaño Rojo, Eduardo en *"La prohibición de discriminación en el acceso al empleo"*, Estudio comparado del Derecho del Trabajo chileno y alemán, ponencia voluntaria presentada en el XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en Montevideo, 2 al 5 de Setiembre de 2005, en CD Room de informes y ponencias, pág. 4.

<sup>293</sup> Cfr. Caamaño Rojo, Eduardo en *"La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral"*, en revista de Derecho, vol. XIV, Valdivia, 2003, pág. 25/41, versión on line pág. Web: [mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-)

<sup>294</sup> Cfr. Caamaño Rojo, Eduardo en *"La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo..."*, ob. cit.

4. Paralelamente, el Código de Trabajo de alguna manera ha fortalecido la prohibición de discriminación establecida en la Constitución en relación a aquellos criterios potencialmente más frecuentes de diferenciación en el trato en las relaciones laborales. De allí que frente a la invocación de un criterio de diferenciación no previsto por el Art. 2º inc. 3 del Código del Trabajo, debe igualmente aplicarse esta norma conforme al mandato amplio del Art. 19 Nral. 16 inc. 3 de la Constitución para calificar si estamos en presencia o no de un acto de discriminación<sup>295</sup>.

5. Otro aspecto relevante de la legislación chilena, fue la incorporación del inc. 5 del Art. 2º de la Ley N° 19.739 del 6 de Julio de 2001, que modifica el Código del Trabajo y cuya finalidad es evitar la discriminación en la postulación a empleos (ya sea directamente por el empleador, o a través de terceros y por cualquier medio), contemplándose de ese modo con rango legal la prohibición de discriminar en materia laboral, especificación hecha por el legislador de dicho principio constitucional<sup>296</sup>.

6. Respecto a las relaciones laborales vigentes, el Art. 2º inc. 8 del Código de Trabajo, incorporado por la Ley N° 19.759, establece que la prohibición de discriminación y las obligaciones que de ellas emanan para los empleadores se entenderán incorporadas en los contratos de trabajo que se celebren<sup>297</sup>. Esta disposición, al decir de Caamaño Rojo, "revaloriza enormemente la validez del derecho a la no discriminación durante la vigencia de la relación laboral al asimilar las obligaciones derivadas del debido respeto a este derecho del trabajador a las obligaciones nacidas para las partes en virtud del contrato de trabajo..."<sup>298</sup>.

7. Por último en el país trasandino, se produjo un cambio trascendental en 2006, con la sanción de la Ley N° 20.087 publicada en el Diario Oficial del 3 de Enero del mismo año.

Esta norma introdujo modificaciones en el Código de Trabajo referentes al proceso laboral e instituyó un mecanismo de amparo de los derechos fundamentales del

<sup>295</sup> Cfr. Lizama Portal, Luis y Ugarte, José Luis en "Interpretación y derechos fundamentales en la empresa", Editorial Conosur, Santiago de Chile, noviembre 1998, pág. 239.

<sup>296</sup> Dispone la norma: "Por lo anterior y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son contrarias a dichos principios y constituyen una infracción a aquel, las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso precedente (agregamos nosotros que la norma refiere a las estipuladas por el Art. 2º del Código de Trabajo, a saber: "raza, color, sexo, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad u origen social", a la que la Ley N° 19.739 incorpora: "edad" y "estado civil", que debe incluirse entre "sexo" y "sindicación"), a menos que se trate del requerimiento propio de la idoneidad de las personas para desempeñar una función...".

<sup>297</sup> Dice la norma: "...La prohibición de discriminación y las obligaciones que de ella emanan para los empleadores se entenderán incorporadas en los contratos de trabajo que se celebren".

<sup>298</sup> Cfr. Caamaño Rojo, Eduardo en "El Derecho a la no discriminación...", ob. cit. pág. 82.

trabajador alternativo el denominado "recurso de protección" instituido por el Art. 20 de la Constitución Política de la República<sup>299</sup>, del que la doctrina sostuvo que se trataba de un remedio judicial inoperante para tutelar los derechos fundamentales del trabajador y en el que el derecho a la "no-discriminación" estaba ausente.

La doctrina adujo que el recurso del Art. 20 señalado, estaba alejado de los propios Principios del Derecho del Trabajo y su concomitante rol compensador de la parte más débil. Además, subrayó la ineficacia que mostraba frente a acciones discriminatorias durante el desarrollo de la relación de trabajo.

En definitiva en Chile lo que se hizo fue retocar el procedimiento ordinario vigente, con algunas adiciones, en materia de tutela, prueba, condena, etc.

Ugarte sostiene que esa reforma, desde el punto de vista filosófico rompe con el esquema tradicional de la empresa cerrada que implicaba un espacio jurídico privado, que comprendía solamente los derechos y obligaciones concernientes al cumplimiento de las normas y condiciones laborales y económicas mínimas, para mutar y transformarse en un espacio jurídico público, en el que ingresan los derechos humanos fundamentales<sup>300</sup>.

No obstante su crítica se hace sentir, cuando sostiene: "...es preferible adoptar un procedimiento ordinario más reglas especiales que no tener, como hasta ahora, ni procedimiento ni reglas especiales sobre la materia. Más aún cuando se asume que políticamente este será de seguro un punto a ser revisado en el futuro".<sup>301</sup> Agrega que su resultado no es del todo satisfactorio, aunque se trata de un primer avance y "un hito político inaugural en la materia"<sup>302</sup>.

<sup>299</sup> La norma dispone: "El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1., 2., 3. inciso cuarto, 4., 5., 6., 9. inciso final, 11., 12., 13., 15., 16. en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19., 21., 22., 23., 24. y 25. podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá también, el recurso de protección en el caso del No. 8. del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada". Constitución vigente en Chile es la promulgada el 8 de agosto de 1980 que reemplazó a la Constitución de 1925

<sup>300</sup> Cfr. Ugarte, José Luis en "La tutela de los derechos fundamentales del trabajador: notas a propósito del nuevo procedimiento", en rev. Der. Lab. N° 221, Montevideo, Enero-Marzo 2006, págs. 96/97 y 98/99

<sup>301</sup> Cfr. Ugarte, José Luis en "La tutela de los derechos fundamentales...", ob.cit. pág. 100.

<sup>302</sup> Cfr. Ugarte, José Luis en "La tutela de los derechos fundamentales...", ob.cit. pág. 97.



8. A grandes rasgos, lo interesante y novedoso de la ley se puede sintetizar en:

A. Establece un plazo de sesenta días para ejercer la acción a contar de la fecha en que provocó el acto lesivo, suspendiéndose cuando el trabajador interponga el reclamo ante la Inspección de Trabajo que corresponda. El plazo sigue en curso cuando se concluya el trámite en dicha repartición, pero nunca podrá presentarse ante los estrados judiciales pasados los 90 días del acto que vulnerador del derecho fundamental<sup>303</sup>.

B. El proceso tiene solamente por objeto los derechos fundamentales insertos en el Art. 485 del Código de Trabajo<sup>304</sup> y es de especial preferencia y pronto tratamiento<sup>305</sup>.

No es acumulable con acciones de otra naturaleza e índole (a vía de ejemplo cobro de salarios)<sup>306</sup>.

Tampoco con acciones que tengan por objeto idéntica pretensión pero basada en fundamentos diversos.

C. Es incompatible con el recurso de protección. Lo expuesto implica que si se ejerce la acción del Art. 20 de la Constitución, no puede ejercerse la acción de tutela

<sup>303</sup> Art. 168 del Código de Trabajo.

<sup>304</sup> El Art. 485 dispone: "El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1°, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4°, 5°, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6°, inciso primero, 12°, inciso primero, y 16°, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.

También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto.

Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales.

Interpuesta la acción de protección a que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política, en los casos que proceda, no se podrá efectuar una denuncia de conformidad a las normas de este Párrafo, que se refiera a los mismos hechos".

<sup>305</sup> El Art. 488 reza: "La tramitación de estos procesos gozará de preferencia respecto de todas las demás causas que se tramiten ante el mismo tribunal.

Con igual preferencia se resolverán los recursos que se interpongan".

<sup>306</sup> El Art 487 establece "Este procedimiento queda limitado a la tutela de derechos fundamentales a que se refiere el artículo 485.

No cabe, en consecuencia, su acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos".

por el mismo derecho humano fundamental que se inició la primera (Art. 485 del Código de Trabajo).

D. Entre los derechos fundamentales que protege la acción de tutela (previstos en el Art. 485 del Código de Trabajo citado), se encuentra el de *no-discriminación*, establecido en el Art. 2° del Código de Trabajo.

E. En cuanto a la carga de la prueba la ley establece en su Art. 491: "cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad".

La norma no consagra el principio de inversión de la carga de la prueba, pues de su texto surge claramente que debe aportar al proceso al menos "indicios suficientes".

Ugarte explica que la solución de alguna manera pondera la situación procesal del empleador, el que muchas veces debe producir la denominada "prueba diabólica de un hecho negativo", como sin duda lo constituye la inexistencia de un motivo pernicioso en su accionar.<sup>307</sup>

F. Por último la sentencia debe determinar si se consumó o no la conducta antijurídica que lesiona el derecho humano fundamental en juego. En el caso que determine que ocurrió, el magistrado debe ordenar el cese inmediato del comportamiento antijurídico, declarando la nulidad del mismo, restituyendo en forma íntegra el goce o ejercicio del derecho humano fundamental vulnerado, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el Art. 490 del Código de Trabajo, que impone una multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales, la que se reiterará hasta que la medida cese.

Así lo dispone el Art. 495: "deberá velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada"

Asimismo debe declarar la nulidad con efecto hacia al futuro ("ex nunc")

G. Paralelamente, el Art. 495 dispone que el juez debe tomar las medidas "a que se encuentra obligado el infractor, dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, incluidas las indemnizaciones que procedan".

De ese modo el tribunal no sólo resguarda y restituye el derecho lesionado, sino que además toma medidas reparatorias materiales (económicas).

<sup>307</sup> Cfr. Ugarte, José Luis en "La tutela de los derechos fundamentales...", ob. cit. pág. 119.

H. Finalmente en el caso del trabajador despedido, queda regido por lo preceptuado por el Art. 487 del Código de Trabajo, cuyo objeto no será la nulidad del acto que lesiona el derecho humano fundamental, sino que establece un cúmulo de indemnizaciones.

Este último aspecto de la ley ha merecido serias críticas de la doctrina chilena, porque lo que correspondería en el caso de despido por violación de derechos humanos fundamentales, es la nulidad.

I. Lo dicho en el literal que antecede tiene dos excepciones. La primera se da en el caso del despido discriminatorio. Si éste es considerado grave por el pretor, debe en ese caso declararse nulo, generando en beneficio del trabajador la siguiente opción: o reclama el cúmulo de indemnizaciones previstas para el caso del despido por violación a derechos fundamentales, o se le reintegra al trabajo. Esta situación se da también en otro caso como es el del despido sindical.

9. Hecho un relevamiento de las normas más trascendentes en el ordenamiento jurídico chileno que refieren a la discriminación racial, por origen nacional o étnico, ¿cuál es su eficacia práctica en el universo de las relaciones laborales?

En primer lugar, en el ámbito legislativo adentrado el Siglo XXI se han materializado como hemos visto en los numerales que anteceden, importantes avances. No obstante, está comprobado que en Chile aún persisten prácticas que afectan a las relaciones de empleo, incluso desde el mismo momento de la precontratación, cuando clasifican a los aspirantes a obtener un trabajo por factores ajenos a sus capacidades o idoneidades requeridas para determinados puestos de trabajo.

Incluso la discriminación afecta también el crecimiento y realización de las personas dentro de las empresas al verse afectadas sus legítimas aspiraciones de promoción y ascenso por razones ajenas a su desempeño y por lo general vinculadas con los prejuicios de otras personas.

En su interesante y profunda investigación Carmona y Veriz Fuenzalida concluyen que el problema de la discriminación en el país no se puede atacar solamente con la imposición de penas y multas, sino que el problema debe abordarse mediante la educación, para así acometer la raíz del problema y erradicar el prejuicio que nace en cada persona, el que al exteriorizarlo en una acción negativa se transforma en un acto discriminatorio que tiene por objeto disminuir y humillar a otra persona que tiene características distintas a las que tiene el agente ofensor, portador de la insana costumbre de exaltar como virtudes.

En opinión de estos autores, el debe se encuentra también en el objetivo de ahondarse más en este problema y sancionarse una legislación más adecuada, donde se den mayores facilidades a las víctimas de discriminación para hacer valer sus derechos y concomitantemente castigar a los sujetos contumeliosos.

La justicia laboral en Chile sigue siendo aun muy lenta lo que dificulta la aplicación de sanciones judiciales en materia de discriminación. Es debido a esto que se esta tramitando un nuevo proyecto de reforma a la justicia del trabajo, que hará que los procesos sean mas expeditos, claros y acordes a la nueva justicia que funciona en el país<sup>308</sup>.

Respecto a las reformas introducidas por la flamante Ley N° 20.087, el balance que realiza la doctrina, es que indica el principio de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y que en el devenir de los años necesariamente deberá profundizarse y aplicar los paliativos necesarios, de modo de ir avanzando en el camino iniciado.<sup>309</sup>

Finalmente la Dirección del Trabajo<sup>310</sup> también está realizando tareas de fiscalización en casos de discriminación, sentando precedentes para que futuros problemas puedan ser tratados con mayor solvencia y rapidez.

Queda mucho por avanzar en este tema, pero la legislación tiende a mejorarse en la protección de los derechos de los trabajadores, aunque a juicio de los autores resta el cambio más trascendente que consiste en eliminar los prejuicios la sociedad.<sup>311</sup>

<sup>308</sup> El mensaje N° 315.352 de fecha 14 de Marzo de 2005 del Presidente de la República a la Cámara de Diputados envía un proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación. La Cámara el día 5 de octubre de 2005 lo ha aprobado en particular, y ha pasado a Segundo Trámite Constitucional al Senado. En gral. la idea central del proyecto, es la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación que se ejerzan contra cualquier persona (Art. 1°), para cuyo efecto define el concepto de discriminación (Art. 3°); establece una acción especial y el procedimiento para denunciar los actos de discriminación arbitraria (Arts. 4° y siguientes), y en el orden penal incorpora al Código Penal la agravante de cometer el delito por una motivación discriminatoria (Art. 9°). Paralelamente encomienda al Estado la elaboración de políticas y acciones necesarias para garantizar a toda persona, sin discriminación alguna, el pleno, efectivo e igualitario goce y ejercicio de sus derechos y libertades, pudiendo establecer distinciones y preferencias destinadas a promover y a fortalecer el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos de las personas o grupos de personas (Art. 2°). Puede leerse el texto del mensaje y del proyecto en Caamaño Rojo, en "El Derecho a la no discriminación...", ob. cit. pág. 313 y sgtes.

<sup>309</sup> Cfr. Ugarte, José Luis en "La tutela de los derechos fundamentales...", ob.cit. pág. 131.

<sup>310</sup> Servicio Descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio. Está sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio del Trabajo y Previsión Social y se rige por su Ley Orgánica (D.F.L. N° 2, del 30 de Mayo de 1967).

<sup>311</sup> Carmona Martín, Karla Yasmín y Veliz Fuenzalida, Hugo Fernando, bajo la guía de Walker Errázuriz, Francisco en "Discriminación laboral (Aspectos doctrinarios y situación en Chile)", Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Santiago de Chile, 2005, pág. 98 y sgtes.



#### VIII.iv. Paraguay

1. El derecho fundamental a la “no-discriminación” con carácter general, es reconocido por la Constitución Paraguaya de 1992 en la Parte I, Título II bajo el “nomen iuris”: “De los derechos, de los deberes y las garantías”, Capítulo III, Art. 46, que dispone: “De la igualdad de las personas: Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien. Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios”.

2. La Carta Magna, amén de reconocer este derecho en forma general, lo aborda con carácter específico en las relaciones laborales, en el Capítulo VIII intitulado “Del Trabajo”, Sección I “De los Derechos Laborales”. En efecto, el Art. 88, reza textualmente: “No se admitirá discriminación alguna entre los trabajadores por motivos étnicos, de sexo, edad, religión, condición social y preferencias políticas o sindicales.

*El trabajo de las personas con limitaciones o incapacidades físicas o mentales será especialmente amparado”.*

Asimismo en un aspecto relevante en lo que a la discriminación racial por ascendencia nacional o etnia toca, la Constitución paraguaya reconoce en el Capítulo V del mismo Título, Art. 62, derechos a los pueblos indígenas y grupos étnicos, a los que define como “grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo”<sup>312</sup>.

3. Por último a nivel constitucional y de no menor relevancia es el Art. 45, verdadero freno para el legislador, autoridades administrativas y particulares que pretendan desconocer derechos y garantías que no han sido o no son objeto de reconocimiento expreso por el ordenamiento jurídico positivo, que establece: “De los derechos y garantías no enunciados: La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía”.

<sup>312</sup> A continuación el Art. 63 establece: “De la identidad étnica: Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interior siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena”.

4. En el ámbito legislativo el Código de Trabajo, Ley N° 213 promulgado el 29 de Octubre de 1993 contiene dos normas específicas en la materia. El Art. 9° que se inscribe en el Capítulo II “Del trabajo y sus garantías”, dice: “El trabajo es un derecho y un deber social y goza de la protección del Estado. No debe ser considerado como una mercancía. Exige respeto para las libertades y la dignidad de quien lo presta, y se efectuará en condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico compatible con las responsabilidades del trabajador padre o madre de familia.

*No podrán establecerse discriminaciones relativas al trabajador por motivo de raza, color, sexo, religión opinión política o condición social”.* Y el Art. 47 lit. E del mismo cuerpo normativo señala: “Serán condiciones nulas y no obligarán a los contratantes, aunque se exprese en el contrato...e) las que establezcan por consideraciones de edad, sexo o nacionalidad un salario menor que el pagado a otro trabajador en la misma empresa por trabajo de igual eficacia, en la misma clase de trabajo o igual jornada”.

5. De acuerdo al texto de las normas transcritas, podemos calificar al ordenamiento jurídico positivo paraguayo de avanzada. De su contenido se extrae el rechazo a cualquier clase de discriminación (aunque sí bien limitada en principio a los aspectos enunciados en el Art. 88 de la Carta Magna y 9° del Código de Trabajo; por el Art. 45<sup>313</sup> de la Constitución ingresan y forman parte del reconocimiento y protección constitucional, aquellos derechos inherentes a la personalidad humana aunque no figuren expresamente en ella). Ergo quedaría comprendida y sujeta a rechazo, cualquier clase de discriminación independientemente de su motivo. Paralelamente el constituyente obliga al Estado a adoptar políticas activas y de protección a las personas con limitaciones físicas.

6. No obstante y a pesar del esfuerzo realizado en materia constitucional y legislativa por Paraguay, subsisten algunos problemas relacionados con la discriminación, recayendo la segregación fundamentalmente en los pueblos indígenas.

El primero de ellos consiste en la falta de penalización de la discriminación, pese a que la Constitución establece expresamente la obligación del Estado de garantizar la igualdad de las personas, así como la prohibición y protección contra la discriminación. Pero además, en segundo lugar y sin perjuicio de las reformas efectuadas al Código Laboral, continúa la segregación laboral. En efecto, si bien el Estado paraguayo es firmante del Convenio N° 169 de la OIT<sup>314</sup>, sobre *Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, basado en el “respeto a la cultura, la religión, la organización social y económica y la identidad propia: esto constitu-

<sup>313</sup> Vide supra Nral. 3° del presente subcap.

<sup>314</sup> Ratificado por la Ley N° 234/93 del 9 de Diciembre de 1993.

ye la premisa de la existencia perdurable de los pueblos indígenas y tribales”, la discriminación contra la población autóctona en el país es patente.

La situación de pobreza en el Paraguay afecta a todos los trabajadores, pero en particular, en materia de empleo hace que las mujeres e indígenas se vean obligados a aceptar los peores trabajos y las remuneraciones más bajas. Ello también se relaciona con el hecho de que las mujeres y nativos tienen la mayor tasa de analfabetismo y baja calificación.

Véase que muchos empleadores se aprovechan hábilmente de las particularidades culturales indígenas y de sus necesidades inmediatas, pagando mucho menos que el valor de mercado por su mano de obra<sup>315</sup>.

En general observa Lehner, no existe una política indigenista del Estado paraguayo acorde con la Constitución Nacional<sup>316</sup>, aspecto que el propio Instituto Paraguayo del Indígena (INDI), en una publicación de Setiembre de 2002 confirma, cuando asevera: “De no solucionarse las causas citadas a continuación, tendrá como consecuencia directa e inmediata la paulatina desintegración social, pudiendo llegarse al etnocidio de algunos pueblos indígenas” (INDI, 2002)<sup>317</sup>.

En resumen, mientras que la ley prohíbe la discriminación basada en la raza, sexo, discapacidad, lenguaje o nivel social; algunos grupos, tales como los pueblos amerindios y las mujeres, sufren discriminaciones importantes en la práctica<sup>318</sup>.

Paralelamente la Comisión Interamericana, señala que es una constante en el Paraguay la explotación de la mano de obra indígena, las malas condiciones de trabajo, los bajos salarios y la ausencia de seguridad social. Esta falta de respeto a sus derechos laborales indígenas reconocidos por la legislación paraguaya y por el Convenio N° 169 de la OIT, se puede ver aún en las zonas donde la mano de obra aborigen es imprescindible para la producción de las empresas que los explotan.

## VIII.v. Perú

1. La Constitución peruana de 1993 regula la “no-discriminación” y el derecho de igualdad de trato de diferentes disposiciones.

<sup>315</sup> Cfr. Lehner, Beate, en “Discriminación de los pueblos indígenas”, en “Discriminaciones y medidas antidiscriminatorias. Debate Teórico Paraguayo y Legislación comparada”, AAVV, “Documentos de Trabajo 4”, publicación del Centro de Documentación y Estudios, Honorable Cámara de Senadores- Comisión de Género, Equidad y Desarrollo Social, y Fondo de Población de las Naciones Unidas, Impresión: AGZ – Zamphirópolis, Asunción 2003, pág. 50.

<sup>316</sup> Cfr. Lehner, Beate, en “Discriminación de los pueblos...”, *ob. cit.* pág. 49.

<sup>317</sup> Cfr. INDI: “Focalización de acciones coordinadas en comunidades indígenas. Plan estratégico. Asunción.”, 2002, pág. 22.

El Art. 2° de la carta Magna, que se intitula: “Toda persona tiene derecho.”, en su apartado 2.2 dispone: “A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

Específicamente en el campo del Derecho del Trabajo, adquieren singular relevancia los Arts. 23° inc. 3° que establece: “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”; y el 26° que reza:

“En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

1. Igualdad de oportunidades sin discriminación.
2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.
3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma”.

Por su parte, el Art. 89 inc. 3° en cuanto a las comunidades nativas expresa: “El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas”.

Finalmente en el rango constitucional, para nosotros adquiere singular relevancia el Art. 3° el que luego de enunciarse los derechos fundamentales de la persona humana, fin supremo de la sociedad y el Estado<sup>319</sup>, dispone que: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”, lo que implica un reconocimiento a la doctrina del “bloqueo de constitucionalidad”.

2. Analizando las disposiciones transcritas, la doctrina peruana expresa que la igualdad de trato implica la consideración idéntica o similar de los iguales en circunstancias análogas, y que en las relaciones laborales específicamente, el empleador no está autorizado a exceptuar en forma arbitraria, es decir tratar desigual en casos similares por razones que no sean objetivas, incluso de las propias reglas por él establecidas<sup>320</sup>.

<sup>318</sup> Fuente Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, en página web: [www.cidh.org/women/cap.8](http://www.cidh.org/women/cap.8).

<sup>319</sup> Cfr. Art. 1° de la Constitución.

<sup>320</sup> Cfr. Neves Mújica, Javier, en “Derecho Laboral”, Material de enseñanza, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1988, pág. 183.