

IX CONGRESO REGIONAL AMERICANO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Informante: Dr. Fernando Bolaños Céspedes¹

TEMA 1: EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA EN LA LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACION.

Introducción

El concepto de discriminación en el empleo es proteico y puede revestir un contenido y una relevancia diferente en cada ordenamiento jurídico. De acuerdo con la definición contenida en el Convenio No. 111 de la OIT, denominado “*Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación*”, **discriminación** es «*cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación*». Siguiendo el mismo convenio, los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo en las distintas ocupaciones, como también las condiciones de trabajo. Ahora bien, es preciso indicar que extra muros del concepto de “discriminación” antes referido, quedan otros tipos de discriminación que pueden llegar a ser de vital importancia, de acuerdo a la época histórica que vivimos, madre de muchas nuevas formas separación y exclusión, de modo que solo mediante un esfuerzo en común como el que ahora nos reúne, resultará posible dibujar contornos más

¹ Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad Nacional y de la Universidad Estatal a Distancia en Costa Rica. Abogado litigante especialista en materia laboral. Consultor internacional en temas de derecho del trabajo y la seguridad social. Autor de varias obras jurídicas individuales y colectivas sobre derecho del trabajo tales como “Los Alcances de la Libertad Sindical en Costa Rica”, “ Estudios de Derecho Laboral Moderno”, y “La negociación colectiva de los empleados públicos en España y América Latina” (coautor y coordinador de la edición).

amplios para delinear el fenómeno de la discriminación, y que a su vez refleje la realidad de cada uno de los países. Lo anterior, con miras a un mejor entendimiento y lucha contra éste fenómeno.

Para autores como Palomeque y Álvarez de la Rosa, el derecho de igualdad y no discriminación incluye, dentro de las relaciones laborales, los siguientes aspectos: el derecho a la no discriminación por razón del sexo en el trabajo; el derecho de los trabajadores a no ser discriminados en el empleo y las relaciones laborales por cualquiera razones o motivos; el derecho a la igualdad de remuneración por razón de sexo en la relación de trabajo; el derecho de conciliación del trabajo y la familia; las medidas legislativas para la aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual; los derechos laborales y prestaciones sociales de las trabajadoras víctimas de la violencia de género y la garantía legislativa de igualdad efectiva de mujeres y hombres. Se trata pues de una descripción que nos pone en el camino de comprender mejor la amplitud y la complejidad de los fenómenos a que hacemos referencia. La legislación de los países examinados en este trabajo cubre la mayoría de las situaciones anteriores, pero aún va más allá en algunos casos, como luego mencionaremos.

No podríamos olvidar, al plantar los temas anteriores en territorio americano, que aún hoy sigue siendo problema en algunos de nuestros países, la discriminación étnica, sobre todo en países con un alto margen de población aborígen o afro descendiente, donde es conocido, por ejemplo, que existe una notable brecha en el acceso al empleo decente, según se tengan determinados rasgos físicos, situación que lógicamente se agrava por el bajo acceso a la educación que tienen estas poblaciones preteridas, lo que deviene también en limitaciones de carácter técnico y profesional para desempeñar el trabajo.

Tampoco podemos dejar de mencionar aquí, que una forma de discriminación, la cual se ahonda en nuestra época, es la que proviene de la enfermedad o de las incapacidades limitantes de la persona del trabajador, con lo cual apuntamos no solo a situaciones tradicionales como el despido o la postergación del trabajador o la trabajadora que han sufrido un riesgo del trabajo o una enfermedad incapacitante para laborar, sino también al surgimiento de nuevas enfermedades con impacto en el mundo del trabajo, como es el caso del VIH SIDA.

Frente al fenómeno de la discriminación, la jurisprudencia cumple una parte vital en la formación y la práctica del Derecho de nuestros ordenamientos jurídicos.² En efecto, la incorporación de los convenios y tratados en materia de derechos humanos, así como la legislación interna de carácter progresivo en ese campo, depende de tribunales internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o de tribunales nacionales, para hacer efectivas las normas anti discriminatorias.

Dependiendo del ordenamiento jurídico en que nos situemos, no siempre la jurisprudencia tendrá el mismo valor como fuente de derecho, de modo que la gravitación de la misma en la lucha con la no discriminación en el empleo necesariamente variará de país en país, correspondiendo a cada ordenamiento determinar sus propias peculiaridades en este respecto.

Lo que sí podría señalarse como una máxima dentro de este análisis introductorio, es que el *rol* de la jurisprudencia en la lucha contra la discriminación en el empleo, dependerá en gran medida del grado de independencia con que cuente el juez en cada Estado, y la posibilidad de que esa jurisprudencia sea atendida a nivel del sistema judicial. Si bien se mantiene en suelo americano la diferencia entre dos grandes sistemas jurídicos contemporáneos, como son por una parte el sistema romano germánico, y por el otro el sistema de *Common Law*, reflejada en los trabajos presentados a este Congreso por el señor relator de los Estados Unidos de América, y por el resto de relatores nacionales, los mismos aportes de los Informes entregados nos permiten ver con claridad el acercamiento entre esos dos sistemas al que ya se refería René David, en su conocida obra "Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos", o al que se refiere Mario G Losano, cuando señala que: *"El Common Law angloamericano y el Derecho europeo continental, que rigen hoy a la población mundial, tienden a acercarse: el Common Law está conociendo una expansión de los statutes y de las consolidations en detrimento del puro "judge made law" mientras que la jurisprudencia va a asumiendo importancia creciente en muchos países de Civil Law. Por ejemplo en aquellos que tienen un tribunal*

² Usualmente se reconoce al término "Jurisprudencia" dos acepciones. La primera como "ciencia del derecho" y, la segunda, como "el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales." Esta segunda acepción es a la que hace referencia el presente trabajo.

*constitucional, el Derecho constitucional tiende a convertirse cada vez más en un Derecho jurisprudencial”.*³

La detección de la situación discriminatoria.

La detección de la discriminación en la corporeidad de las relaciones laborales, es una tarea ardua que implica espigar sobre los distintos tipos de discriminación, especialmente aquellos que por sus características favorecen la impunidad. Como desarrollo seguramente de esa búsqueda, encontramos doctrinariamente la diferencia entre discriminación directa e indirecta y entre la absoluta y la desproporcionada, partiendo de que resulta más fácil la detección de la discriminación cuando es absoluta o directa, respecto de cuando es desproporcionada o indirecta, respectivamente. Así, en algunos países de nuestro continente, ha sido difícil de demostrar, por ejemplo, la discriminación basada en el sexo o en la raza que daban lugar a disparidades, mas no la exclusión total del trabajo, en perjuicio de las mujeres o de los miembros de minorías étnicas.

El uso de nuevas técnicas de redistribución de las cargas probatorias, para facilitar el acceso a la justicia de quienes han sido objeto de trato discriminatorio, es también una parte muy importante de la lucha por descubrir y juzgar adecuadamente las situaciones de discriminación en el empleo. Prácticamente todos los países de nuestro continente se han hecho eco de las nuevas orientaciones de la jurisprudencia de las Tribunales Internacionales que conocen de la materia (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo y Corte Interamericana de Derechos Humanos) o de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en punto a la carga probatoria, cuando se denuncia la violación de un derecho fundamental y particularmente una situación de discriminación. Estamos pues frente a una renovada doctrina procesal que ha tenido un evidente origen jurisprudencial.

La dificultad de resolver en la vida práctica situaciones de discriminación que se resisten porfiadamente a ser modificadas, ha hecho necesario que tanto la legislación como la jurisprudencia (en este caso fundamentalmente en el caso de los Estados de Unidos de América, pero también en otros países del continente), se decanten por la creación de normas contentivas de “discriminación positiva” a favor de ciertos grupos de trabajadores y trabajadoras. La dificultad de regulación de estas nuevas formas de discriminación

³ LOSANO Mario G., “Los Grandes Sistemas Jurídicos”, Editorial Debate, Madrid, 1982, página 1982, p. 185.

positiva son indudables, sobre todo cuando colisionan con el derecho de igualdad, o en el caso de las ventajas procesales, con el principio de inocencia, por ejemplo. Lo importante, sin embargo, ha sido que a pesar de ese choque con institutos y derechos tan arraigados en nuestros sistemas de derecho, las regulaciones sobre discriminación positiva se han seguido abriendo paso en la ley y en la jurisprudencia, bajo la advertencia, eso sí, de mantener incólumes los principios constitucionales del debido proceso, al que pertenecen también el de igualdad ante el proceso y el de inocencia.

No puede dejar de mencionarse en estas líneas introductorias, los esfuerzos de muchos países por legislar sobre nuevas formas de discriminación, como es el caso de las que provienen de determinadas minusvalías, o de la portación del virus VIH SIDA. Tampoco podemos ignorar la incorporación de nuevas normas de rango constitucional, sobre no discriminación, en las constituciones más recientes del continente, entre las cuales se encuentra la de Ecuador. En complemento con lo anterior, el papel de los Tribunales y Salas Constitucionales, en muchos de nuestros países, como defensores tanto de los derechos típicamente constitucionales, como de los derechos inespecíficos de los y la trabajadoras, ha tenido un crecimiento enorme en buena parte de los países, a lo cual se han referido de manera generosa la mayoría de Informes Nacionales.

Precisamente, un tema muy sensible, a la hora de analizar el papel de la jurisprudencia en la lucha contra la no discriminación en el empleo, es la especialización de los jueces laborales en el campo de los llamados derechos inespecíficos de los trabajadores y de los derechos fundamentales en general. Estas nuevas formas de especialización obligan sin duda a un mayor conocimiento del derecho internacional de los derechos humanos, por una parte, y por el otro, al papel de las nuevas tecnologías, como eventuales instrumentos al servicio de la discriminación en el empleo. En cuanto al papel de los instrumentos de derechos humanos, no todos los ordenamientos les conceden el mismo rango e importancia, dependiendo de si prevalece una teoría monista o dualista en la aplicación del derecho internacional, y del rango que las mismas Constituciones Políticas o las Cortes Constitucionales conceden al derecho externo. No puede dejar de mencionarse aquí sin embargo, la tendencia clara en nuestro continente a que los derechos consagrados en instrumentos de derechos humanos tengan valor igual o superior a los textos constitucionales. El papel de las nuevas tecnologías, siendo muy importante para el historiador y para el sociólogo, también lo es para el jurista, pues su implementación requiere de regulación jurídica para proteger los derechos a la intimidad y a la no discriminación de los trabajadores y trabajadoras.

Metodología en la exposición de las principales conclusiones de este Informe General.

Para la confección de este Informe General, se han tomado en cuenta fundamentalmente los aportes contenidos en los Informes Nacionales suministrados por los relatores y relatoras de los siguientes países: Argentina, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, Estados Unidos, México, Panamá, Uruguay y Venezuela. A partir de las respuestas que cada relator ofreció a un cuestionario que les fue remitido oportunamente, hemos tratado de obtener algunas síntesis generales y particulares, intentando detectar de paso regulaciones comunes, tendencias y características de los distintos ordenamientos jurídicos, en relación con los principales temas tratados por cada relator y a los que también hemos referido en la introducción anterior. A pesar del esfuerzo de comprensión general emprendido, es indudable que para el lector interesado siempre resultará indispensable la lectura de todos y cada uno de los Informes Nacionales, los cuales resultan el complemento necesario de mi trabajo.

Es muy evidente para el lector avezado, determinar las diferencias sistémicas entre el derecho y su aplicación en los Estados Unidos de América, respecto del resto de países que han contribuido con sus Informes. El motivo de esas diferencias es obvio y no requiere mayor detalle. No obstante, hemos considerado que la mejor manera de aprovechar la riqueza del Informe presentado por el relator de los Estados Unidos era insertar sus contribuciones y criterios, yuxtaponiéndolos a los demás que nos han entregado el resto de relatores, de donde se podrá ir viendo no solo la distancia, sino también el acercamiento entre los distintos sistemas jurídicos.

1. Evolución desde los sistemas tradicionales romano germánicos o continentales, a sistemas con una mayor gravitación de la jurisprudencia.

Los reportes nacionales recibidos atestiguan el papel cada más vez importante de la jurisprudencia en la mayoría de ordenamientos, donde destaca el papel tan relevante de algunas Cortes o Salas de Constitucionalidad, y el carácter vinculante de su jurisprudencia. Esa relevancia de la jurisprudencia constitucional, para el caso concreto de los temas sobre la discriminación en el acceso y durante el empleo, se manifiesta no solo

por el solo hecho de la fuerza obligatoria para todos los operadores del derecho de las sentencias que provienen de estos Tribunales, sino también por el contenido novedoso e innovador de muchos de estos fallos. Es el caso de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, a partir de la Constitución de 1991, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, según reforma constitucional del año 1989, de la Corte Constitucional de Ecuador o de la actual Sala Constitucional de Venezuela, para poner varios de los casos más conocidos en la región. Ahora bien, el impulso del sistema de derechos humanos en los países estudiados, por parte de las Cortes nacionales en general, no proviene solamente de los nuevos tribunales constitucionales, sino también de la relevancia que han adquirido en el juzgamiento de las situaciones de discriminación, lo que en varios países se ha denominado “bloque de constitucionalidad”, claramente señalado por los relatores de Uruguay; bloque donde se ubican ya no solo la Constitución Política, sino también “*todas aquellas disposiciones y principios de protección de los derechos humanos a los que se reconoce valor constitucional*”.⁴ De allí que conforme nos lo refiere el Informe uruguayo, en ese país, “*se concluye que adquieren valor constitucional todos aquellos derechos que sean inherentes a la personalidad humana, aún cuando no estén expresamente enumerados en la Carta*”. Una situación similar se presenta en Argentina, aún sin la existencia de un Tribunal Constitucional, mediante la incorporación con rango constitucional de varias convenciones internacionales, o al establecer la Constitución que los Tratados y concordatos tienen fuerza superior a las leyes.

La tendencia que apuntamos a la adquisición de una mayor importancia de la jurisprudencia dentro del sistema jurídico, aún cuando en muchos casos no se le ubique taxativamente como fuente formal de derecho en los ordenamientos, la encontramos en varios mecanismos de unificación de la misma, presente en varios países. Este sistema de unificación de la jurisprudencia por parte de las Altas Cortes, lo encontramos en Colombia, según lo refiere su relator. En el caso de Venezuela, el artículo 335 de la Constitución contempla un mecanismo de revisión de sentencias laborales no recurridas ante de la Sala de Casación, pero que contraríen la doctrina de esta última, con el efecto

⁴ BARBAGELATA, H.H., “La consagración legislativa y jurisprudencia del bloque de constitucionalidad de los derechos humanos”, “Revista de Derecho Laboral”, T. LIII, No. 237, Montevideo, 2010, citado por el Informe de Uruguay.

de una eventual nulidad del fallo que violentó aquella doctrina laboral, y la reposición de la causa o el pronunciamiento sobre el fondo de la causa.

En Ecuador, el artículo 185 de la Constitución Política señala que las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia, que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria. Pero además, la misma Carta Magna establece que una de las funciones de la Corte Constitucional es la de expedir sentencias que constituyen jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.

En México el artículo 94 de la Constitución, delega en la ley la facultad de establecer los términos en que resulte obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación y los Plenos de Circuito sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción y sustitución. Por otra parte, el artículo 192 de la Ley de Amparo, señala que la jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas, lo mismo que para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los Juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

En el caso de Panamá, nos encontramos que tres decisiones uniformes de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable y los jueces podrán aplicarla a los casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina, cuando juzgue erróneas las decisiones anteriores (artículo 1162 del Código Judicial).

En Chile, al igual que en otros países del continente, no se contempla expresamente la jurisprudencia como fuente formal, pero de conformidad con el artículo 483 del Código de Trabajo existe un recurso de unificación de la jurisprudencia, el cual sin embargo, solo tendrá efecto respecto de la causa respectiva, y en ningún caso afectará las situaciones jurídicas fijadas en las sentencias que le sirven de antecedente. Un detalle especial sobre la jurisprudencia, en el caso chileno, es que la propia ley obliga a publicar la

jurisprudencia cuando se trata de de condenas, en sede laboral, por vulneración de los derechos fundamentales amparados en el procedimiento de tutela laboral.

En Costa Rica, la Ley de la Jurisdicción Constitucional indica que la jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes *erga omnes*, salvo para sí misma, siendo la Sala Constitucional la única autorizada para variar su propio criterio. Pero además, la Ley General de la Administración Pública incluye la jurisprudencia entre las fuentes no escritas y el Código Civil señala expresamente que la jurisprudencia contribuirá a “*informar el ordenamiento jurídico*”.

Como era de esperar, por el sistema jurídico seguido en los Estados Unidos, en este país la principal fuente de derecho en el tema de discriminación en el empleo es la jurisprudencia de las cortes. Tomando en cuenta además, que la legislación escrita, incluida la Constitución Política, es muy general al tratar estas materias, han sido los tribunales de justicia los encargados de determinar los términos en que la discriminación debe ser demostrada. Por ejemplo, son las cortes las que precisan bajo qué formas deben ser demostradas tanto la discriminación directa como la indirecta.

Aún así, el papel de la norma escrita resulta muy importante tomando en cuenta que cada estado puede dictar sus propias normas en este campo, aparte de las leyes federales. De hecho, la interrelación propia dentro del sistema de “common law” entre jurisprudencia y ley escrita, se hace evidente cuando el Informe de este país nos recalca que aún las leyes estatales toman en cuenta previas sentencias dictadas por los tribunales. Lo interesante de las normas estatales, en el sistema federal de los Estados Unidos, es que los estatutos de nivel estatal, sirven con frecuencia para ampliar los tipos de situaciones protegidas, tal como ha sucedido por ejemplo, tratándose de discriminaciones fundamentadas en orientación sexual o condición marital.

2. Potenciación de la lucha contra la discriminación en el empleo por parte de las Cortes Constitucionales o de las Cortes Superiores.

En punto al impulso que puede dar la jurisprudencia al tema de la no discriminación en el empleo, resulta sumamente ilustrativa la respuesta que varios relatores nacionales ofrecieron a la consulta de si en su país se había dado recientemente algún factor jurídico o de otra índole que hubiera potenciado el papel de la jurisprudencia en el campo laboral.

A este respecto, varios relatores dan cuenta de un papel cada vez más activo y trascendental de la jurisprudencia proveniente de Tribunales constitucionales o de las Cortes superiores en general, como factor dinamizante de los derechos laborales. Así, en el caso de Costa Rica, la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha jugado un papel fundamental para potenciar los derechos fundamentales de las trabajadoras y los trabajadores. Sobre todo ha servido para erradicar del ordenamiento varias normas que permitían la discriminación en el ámbito de las relaciones laborales (posibilidad de despedir a la persona trabajadora luego de 3 meses de incapacidad continua, prohibición legal de la huelga en varios sectores de la economía, limitación de ciertos derechos para las personas trabajadoras del servicio doméstico, limitación para contratar extranjeros, etc.)

La relatora de México, cita igualmente como el *rol* de la jurisprudencia, como fuente dinamizante del Derecho de Trabajo. En México, señala el Informe, la jurisprudencia tiene una importancia trascendental ya que suple las deficiencias de la legislación laboral, debido a que integra, completa y esclarece *“normas excesivamente pocas, insuficientes o notoriamente precarias”* y dan un sentido exacto a los textos, así como contribuye a colmar las lagunas legales.

En el caso de Ecuador, existen varios cambios normativos en el esquema organizacional, los cuales entraron a regir con la nueva Constitución Política en el año de 2008. No obstante, las resoluciones de la ex Corte Suprema de Justicia constituyen precedentes constitucionales de la actual Corte Nacional de Justicia. Precisamente, entre los avances jurisprudenciales al amparo de la facultad concedida por la anterior Constitución, - respetada por la actual - y que han potenciado la protección de los derechos laborales-, encontramos varias resolución de la Corte, las cuales constituyen, a juicio del relator de este país, verdaderas acciones de discriminación positiva en el ámbito procesal. Así tenemos por ejemplo la resolución que declara la imprescriptibilidad del derecho a la jubilación, la prorrogación de la competencia de los jueces laborales para conocer los casos de secuela de jubilaciones dictadas en sentencias que han pasado por autoridad de cosa juzgada, o la resolución que se integró al Código del Trabajo en la última codificación del año 2005, según la cual, una vez dictado el auto de pago, el ejecutado sólo debe pagar en el término perentorio de veinticuatro horas sin derecho a dimitir bienes, como es permitido en los juicios ejecutivos. Son medidas que - según el Informe- podrían contravenir el principio de la igualdad de las partes en el proceso, pero es evidente que se trata de discriminaciones positivas que tienen por propósito salvar una

desigualdad real que soportaría el trabajador, con un retraso injustificado en la fase de ejecución de sentencias en las que ya se ha declarado su derecho. De hecho, la resolución que declara la imprescriptibilidad de la jubilación patronal es de naturaleza sustantiva antes que adjetiva, pero tiene el mismo propósito protector.

Si vemos la situación de Panamá, el Informe se refiere a cómo se han llenado vacíos a través de la jurisprudencia de los juzgados de primera instancia. Es el caso de las decisiones referidas a la interrupción de la relación de trabajo, que debe ser por un período proporcional a las vacaciones que le correspondan al trabajador, o el tema de la presentación de las incapacidades médicas para que el despido se considere justificado.

En el caso colombiano, la Constitución de 1991 y la creación de la Corte Constitucional ha permitido que la Jurisprudencia adquiriera un papel protagónico y vital para el resto del sistema legal. Entre los aportes jurisprudenciales destacan pronunciamientos referentes a temas como la discriminación por estado de salud, sobre lo cual se ha manifestado que las personas quienes se encuentren en estado de debilidad manifiesta, gozan de una estabilidad laboral reforzada. En otras sentencias la Corte ha señalado que *“terminar unilateralmente la relación laboral en razón a una limitación física del trabajador, constituye una discriminación, puesto que a las personas en estado de debilidad física manifiesta no se les puede tratar de igual manera que aquellas sanas”*. También se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional colombiana en torno al tema de la discriminación por conducta sexual y la aplicación de la ley laboral colombiana para empleados de misiones diplomáticas, entre otras.

Estas referencias demuestran que estamos ante una región con una jurisprudencia activa y consciente en cuanto al papel que puede jugar en el campo de los derechos laborales de los trabajadores.

3. Encuadramiento constitucional y legal de las principales formas de discriminación en materia laboral.

Examinando en su conjunto los Informes Nacionales que recoge el presente trabajo, bien puede afirmarse que lo normal es que a nivel de Constitución Política se hagan referencias generales al principio de igualdad y al de no discriminación, así como se contemplen algunas referencias concretas sobre protección de derechos fundamentales

en materia laboral, por ejemplo en punto a la igualdad salarial. Como veremos luego, la incorporación de convenios y tratados internacionales en materias de derecho laborales no es uniforme en toda la región, de modo que la legislación nacional, estatal y local sigue jugando un papel muy importante en la creación de nuevas formas de protección frente a la discriminación en el acceso y durante el empleo.

Los países que incluyen en sus Constituciones Políticas el principio de igualdad y no discriminación, así como otras normas relativas a la no discriminación laboral son: México (artículos 1, 5, 123), Ecuador (artículos 33, 35, 36, 37 y 39), Panamá (artículos 19, 64, 65, 66 y 67), Colombia (artículos 5, 13, 53), Argentina (artículos 43 y 75), Venezuela (artículos 21 y 89), Chile (artículos 19 inciso 2 y 16), Costa Rica (artículos 33, 56, 57 y 68) y Estados Unidos, mediante la llamada Cláusula de Igual Protección, Enmienda No. 14. En el caso de Uruguay, si bien el principio no se regula expresamente en la Constitución, se hace por medio de los Convenios de OIT que se han suscrito; sobre todo mediante los Convenios 100 y 111, que forman parte del bloque de constitucionalidad. Como sujetos de protección de la normativa constitucional podemos citar a la persona del trabajador o de la trabajadora en general (Panamá, Argentina, Costa Rica, Venezuela y Chile). En México, Colombia, Ecuador también encontramos otros sujetos destinatarios de protección, como puede ser el caso de las mujeres, los adultos mayores, las y los jóvenes, las personas con discapacidad, y las personas indígenas.

En el caso de la Constitución de los Estados Unidos, la prohibición es específica sobre discriminación fundamentada en motivos de raza o sexo, pero además, aplica únicamente a discriminación ejercida contra empleados del gobierno, aparte de que solamente protege contra discriminación intencional y directa.

Tal como se expresó líneas atrás, lo normal es la parquedad de las Constituciones Políticas en temas de discriminación laboral, con algunas excepciones interesantes, como puede ser la reciente Constitución de Ecuador, o el caso de la Constitución de Colombia, más prolíficas en este campo. Así en el caso de Ecuador, la Constitución aprobada mediante referéndum en octubre del 2008, contiene importantes regulaciones favorables al principio de no discriminación y destinadas a proteger a sectores vulnerables de la sociedad, entre las que destacan las regulaciones del artículo 33, mediante el cual se señala que el Estado garantizará a las personas trabajadores el pleno respeto a su dignidad una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas *y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado*. Existen además medidas de acción de discriminación positiva tanto para el acceso al empleo de las personas con discapacidad,

como de protección de la estabilidad con sanciones indemnizatorias más duras en caso de despido intempestivo, que sería lo que en el derecho comparado se conoce como despido sin justa causa. Todo esto sin perjuicio de las regulaciones que obligan a los empleadores a integrar el 4% de su plantilla de trabajadores, con personas que tengan algún tipo de discapacidad.

Tratándose de Colombia, la Constitución plasma en varios artículos el principio de no discriminación. Por mencionar algunos, el Artículo, 5º que ordena al Estado reconocer sin discriminación alguna la primacía de los derechos inalienables de la persona, Artículo 13º el cual expresa que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, y tienen los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razón de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, y el Artículo 53º que ordena principios de igualdad de oportunidades para los trabajadores, con protección especial a la mujer, entre otros.

Un caso igualmente digno de destacar es el del artículo 43 de la Constitución Argentina, según el cual los reclamos por discriminación pueden ser interpuestos por la vía de acción de amparo, lo cual es un tema no siempre claro en el derecho procesal constitucional, desde el momento en que no siempre se identifica el amparo por la violación de derechos fundamentales, con todos los casos posibles de lesión al principio de no discriminación en el mundo del trabajo.

Lo más normal entonces es que haya sido a nivel legislativo en que haya proliferado la mayor cantidad de normas sobre discriminación laboral en el empleo, dándose el caso más reciente de leyes independientes sobre acoso laboral, acoso sexual, igualdad remunerativa y otras formas de protección específicas, a las que luego nos referiremos con mayor detalle.

Un breve repaso de algunas leyes específicas en el área de los países que han enviado sus reportes podría permitirnos el siguiente apretado inventario.

En el caso de Costa Rica, puede citarse la adición de un nuevo Título al Código de Trabajo, mediante Ley de 18 de julio de 2001, mediante el cual se legisla sobre la prohibición específica en materia de edad, etnia, género o religión, así como podemos hacer referencia a la ley No. 7476 (1995) "Ley contra Hostigamiento o Acoso Sexual en el Empleo y la Docencia", las que han sido utilizadas para sancionar y erradicar ciertas formas de discriminación presentes en el país, como la discriminación por género. Antes de esta última, se había promulgado la denominada Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer (1990).

Tratándose de Uruguay, donde se promulgó la Ley 16045 (1989), que prohíbe la discriminación por sexo en el ámbito laboral, y Venezuela, que promulgó en 1993 la Ley de Igualdad de Oportunidades para la Mujer, vemos ejemplos de países con regulación ordinaria sobre equidad de género.

También en Uruguay la reglamentación de 1997 por medio de la llamada ley de Igualdad de Trato en el Ámbito Laboral, definió el acoso sexual como una forma de discriminación y en el año 2009 se estableció una Ley específica para prevenir, sancionar el acoso sexual en el trabajo (Ley 18.561) En Chile y Venezuela se ha legislado igualmente en torno a la prevención y sanción del acoso sexual en el trabajo.

En el caso de Colombia, encontramos la Ley No. 1010 de 2006, cuyo ámbito de aplicación permite adoptar medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo.

No todos los países hacen mención en sus informes a normas específicas en materia de igualdad salarial. Otros, citan la incorporación a su legislación del principio de igualdad salarial, pero con un alcance muy acotado, de acuerdo a la tesis de "igual salario por trabajo igual". Es el caso de México, de Colombia o de Costa Rica, donde la igualdad salarial requiere incluso idénticas condiciones de eficiencia. Tales limitaciones al principio de igualdad salarial, cuestionan la aplicación del principio mediante el cual se equipara el trabajo de "igual valor", según lo contempla el Convenio No. 100 de O.I.T., principio que permite, justamente, la comparación entre tareas diferentes.

Los informes nacionales ubican otro grupo de países donde se prohíbe la discriminación por razón de sexo aplicada a los "criterios de remuneración", lo que constituye una fórmula amplia que permite abarcar situaciones de discriminación salarial directa e indirecta, así como un acercamiento mayor a la doctrina de la O. I. T. en este campo. A tal grupo pertenece Ecuador, el país que acoge las tesis más avanzadas de "igual salario por trabajo de igual valor", a través de la modificación que realizó a su normativa en 1998 y Uruguay, cuya Ley 16.504 de 1989, prohíbe la discriminación en materia de criterios de remuneración.

En los Estados Unidos, la discriminación por edad ha sido prohibida por ley federal, desde el año 1974 y la discriminación fundada en razones de discapacidad desde el año 1990. Además, si se mira a la legislación estatal, resulta importante constatar que aproximadamente la mitad de los Estados de la Unión, han legislado prohibiendo además toda discriminación en el empleo sobre la base de la orientación sexual de los trabajadores.

En Argentina, el Informe hace referencia al marco jurídico que ofrecen los artículos 17 (prohibición de hacer discriminaciones), 81 (igualdad de trato), 178 (despido por causa de embarazo) y 180 (nulidad de despido por causa de matrimonio) de la Ley de Contratos de Trabajo. También en el campo del Derecho Administrativo del Trabajo, en diciembre de 1999 se sancionó la Ley No. 25.212 que ratificó el denominado Pacto Federal del Trabajo. Este pacto, que vincula a toda la Nación y las Provincias, incluye un Anexo sobre régimen de sanciones por infracciones laborales, considerando infracciones muy graves las decisiones del empleador que impliquen cualquier tipo de discriminación en el empleo o la ocupación por motivos de raza, color, ascendencia nacional, religión, sexo, edad, opinión política, gremial, residencia o responsabilidades familiares. Las sanciones para los empleadores, en caso de reincidencia, pueden llegar a la clausura del establecimiento por diez días e inhabilitación por un año para acceder a licitaciones públicas y suspensión del registro de proveedores o aseguradores del Estado, Provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. También es muy importante en este país, pues ningún otro informe menciona una ley similar, la existencia de la Ley 24576, por la cual se reputa como derecho fundamental de los trabajadores *“La promoción profesional y la formación en el trabajo, en condiciones igualitarias de acceso y trato”*.

4. Incorporación de instrumentos de Derecho Internacional Humanitario en la jurisprudencia sobre el principio de no discriminación en el empleo.

Hasta donde se extrae de los informes nacionales presentados, no es frecuente que la jurisprudencia incorpore instrumentos de derecho internacional humanitario, prefiriendo sustentarse en el Derecho interno. Es clara esta tendencia en países como Argentina, Venezuela, Ecuador, Panamá y Estados Unidos.

Un caso distinto nos lo plantea Chile, donde según la relatora, es común encontrar en los fallos de los tribunales de justicia, referencias a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en torno al principio de no discriminación arbitraria, como derivado del derecho de igualdad ante la ley. Asimismo, en temas de discriminación en el empleo, los tribunales chilenos invocan el Convenio No. 111, y el Convenio No. 169 en lo relacionado con la discriminación que pudiera afectar a los pueblos indígenas. También

en este país, son citados con frecuencia por los tribunales, los Convenios 87 y 98, sobre materia sindical. Aún así se queja la relatora chilena de la poca mención que hace la jurisprudencia del convenio No. 100, a pesar de su ratificación por el país, acusando la poca eficacia que tiene este convenio.

Otra excepción la encontramos en el caso de Costa Rica, donde es posible observar que las Salas de Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional y Sala de Casación en materia laboral), incorporan con alguna frecuencia a sus sentencias, el derecho internacional humanitario, destacando la cita de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Convenio No. 111 de la Organización Internacional del Trabajo, la Convención Americana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, y la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Una situación extrema en este tema nos la muestra el caso de los Estados Unidos, donde según su relator, personalmente no conoce de ninguna decisión judicial sobre discriminación en el empleo en que se haya citado como obligatoria una fuente de derecho internacional. En cualquier caso, nos dice el mismo Informe, la Cortes de los Estados Unidos en muy pocas ocasiones se refieren en sus decisiones al derecho internacional, cuando se trata de decidir sobre temas de discriminación. Más aún, y casi anecdóticamente, para que se vea el debate que el tema del uso de las fuentes internacionales genera en el sistema judicial de los Estados Unidos, el Informe cita palabras expresadas por el Magistrado Scalia de la Suprema Corte de ese país, quien en una oportunidad indicó que fundamentarse judicialmente en el derecho extranjero o internacional es selectivo, oportunista e inapropiado (Ver *Roper versus Simmons*, 543 U.S.551 (2005) Scalia, J., dissenting).⁵

En el caso de México, de acuerdo con la Secretaría de Trabajo y Previsión Social, los instrumentos internacionales aplicados en ese país, en relación con el principio de no discriminación en el empleo son los siguientes: Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con

⁵ De hecho, llama la atención del informe presentado por los Estados Unidos, que este es el único país, de todos los países que conforman la muestra que recoge nuestro estudio, donde no se han ratificado todavía los Convenios Números 100 y 111 de la Organización Internacional del Trabajo.

Discapacidad, Convenio No. 111 de O.I.T. sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación, Convenio No. 142 de O.I.T. sobre desarrollo de los recursos humanos, y Convenio No. 159 de O.I.T. sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas.

En cualquier caso, sobre la base de las respuestas que dieron los distintos Informes a la pregunta de los convenios y convenciones que más se mencionan en la jurisprudencia nacional, en torno al principio de no discriminación en el empleo, hemos elaborado el siguiente cuadro ilustrativo. Como se podrá observar, los instrumentos internacionales más citados son los convenios 100 y 111 de la Organización Internacional del Trabajo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

	OIT. N° 87 y 98	OIT. N° 100	OIT. N°111	OIT. N°169	Convención Americana sobre Derechos Humanos	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
México		√	√	√	√	√
Costa Rica		√	√	√	√	√
Panamá					√	√
Colombia		√	√	√	√	√
Argentina	√	√	√		√	√
Uruguay	√	√	√		√	√
Venezuela		√	√			
Chile	√		√	√	√	√

Ecuador		√	√	√	√	√
Estados Unidos	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A

Cuadro No. 1. Inventario de las convenciones y convenios más mencionados por la jurisprudencia de los distintos países.

5. Grupos y sectores más afectados por la discriminación en el empleo.

Ante la interrogante planteada a los relatores nacionales de cuáles eran los grupos o sectores más afectados por la discriminación en el campo laboral en su respectivo país, y cuáles medidas discriminatorias son las que atienden los tribunales con más frecuencia, en relación con el empleo, las respuestas nos han permitido realizar algunos agrupamientos interesantes. Así, fueron los sindicatos y la libertad sindical como bien jurídico afectado, el que se menciona en primer lugar en Uruguay y Argentina, pero también entre los primeros, en Ecuador, Panamá y Chile. Esta situación sorprende, al conocerse que todos estos países han suscrito los convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, aparte de ser países con una importante tradición de lucha sindical.

El otro grupo social que aparece mencionado en casi todos los informes, dentro de los primeros sitios, ocupando el primer lugar en varios Informes Nacionales es el caso de la mujer trabajadora en general, y particularmente también el de la mujer trabajadora embarazada. El Informe de Costa Rica presenta cifras estadísticas sobre el aseguramiento en el empleo de la población trabajadora femenina, así como en el campo salarial (en el 2012 las mujeres percibieron un 84.3% del ingreso de los hombres, que solo aumenta un 98.9% en el grupo de ocupaciones calificadas) para concluir su relator que *“en nuestro país, la principal causa de discriminación que evidencian las estadísticas, continúa siendo las razones de género. De manera que es el sector femenino el que tiene menores oportunidades de empleo (aunque se evidencia un crecimiento en la inserción*

por parte de este sector en el empleo), su trabajo suele ser más precario (con menor aseguramiento) y sus ingresos menores”.

En el caso de Ecuador, el relator distingue entre el ámbito privado, donde se debe prestar mucha atención a una mayor protección práctica de la actividad sindical en general, así como a la protección de las mujeres embarazadas; mientras que en el ámbito público es menester enfrentar la discriminación en el empleo en razón de la edad.

En México, se mencionan como grupos o sectores más afectados por la discriminación en el campo laboral, la población femenina con hijos o en estado de embarazo; poblaciones en general de jóvenes (mujeres y hombres) en el caso de primer empleo, puesto que generalmente para contratar se exige experiencia previa comprobable. En este sentido- señala la relatora de este país-, las empresas prefieren ahorrar el gasto en capacitación o invertir lo mínimo. También menciona este informe como sectores afectados, la población de mujeres y hombres en edad de 35 años y posteriores, puesto que se da preferencia a trabajadores de menor edad; personas discapacitadas y poblaciones con rasgos o ascendencia indígena.

En Panamá se menciona como los grupos más afectados a los inmigrantes, particularmente colombianos, centroamericanos y dominicanos, las mujeres y los menores de edad, así como los indígenas, y en alguna medida los sindicalistas también.

De alguna forma, también vienen a ser grupos afectados en este país, los servidores públicos, a quienes se les excluye de la aplicación del Código de Trabajo y protecciones laborales. Los trabajadores tercerizados, y los contratos atípicos.

En cuanto a los Estados Unidos, se cita como los grupos más afectados y por tanto más protegidos por las leyes, las minorías raciales, mujeres, personas de edad, e individuos con discapacidades. El relator hace al respecto una acotación adicional, con profundas implicaciones sociológicas, al señalar que la mayoría de las personas protegidas tienden a ser de menor condición y estatus económico, con la salvedad con los adultos mayores que tienden a ser en promedio más ricos que la población promedio del país.

Un caso singular es el de Venezuela, donde aparte de las mujeres y de los pueblos indígenas, se cita como principales grupos afectados por discriminación en el empleo a los opositores al gobierno. De acuerdo a los relatores venezolanos, esta última causa de discriminación no es reconocida oficialmente y su prueba resulta en extremo difícil, aunque señalan que según determina un informe de la ONG Internacional *Human Rights Watch* de 2008, durante la administración del ex Presidente Chaves se ha venido practicando sistemáticamente la discriminación política. Hace mención también el Informe

de Venezuela a la llamada Lista Tascón, como un ejemplo de la situación que vive la oposición política en ese país.⁶

Otro caso que llama la atención es el de Colombia, donde según el Informe Nacional, el grupo más afectado es el de los afro descendientes, dada la gran implicación social que esto tiene en regiones del mundo donde se podría pensar que este tipo de discriminación no existe o es relativamente baja. También menciona el Informe colombiano el caso de las mujeres trabajadoras.

Particularmente, el Informe Argentino, aparte de la discriminación por razones sindicales o por razones de enfermedad, matrimonio y embarazo, menciona, el caso de la edad. Al respecto señala que el INADI ha producido un informe en el año 2009, conforme con el cual, de un total de 3668 avisos de empleo publicados, un 22% incluían límites etarios, y

⁶ Sobre este tema, señalan los relatores lo siguiente. “Un caso especial lo constituye la llamada *Lista Tascón*. Entre los años 2002 y 2003 la oposición venezolana organizó un referéndum revocatorio contra el Presidente, para ello fue necesario recoger varias veces, firmas de un número elevado de electores. En enero de 2004, Chávez le escribió al entonces presidente del CNE, para informarle que había autorizado a su jefe de campaña, el diputado Luis Tascón, a obtener copias de las planillas con más de tres millones de firmas de quienes respaldaron ante el CNE la petición del referendo revocatorio. Supuestamente las copias se utilizarían para demostrar la falsedad de un gran número de firmas pero fueron utilizadas para crear una lista negra que provocó numerosas destituciones y sobre todo, una gran discriminación tanto en el acceso al empleo, como a ciertos servicios, como la obtención de pasaportes, etc. Si bien el gobierno no ha sido condenado por tal discriminación, ante la dificultad de obtener pruebas idóneas y suficientes para demostrar tal violación al derecho a la no discriminación ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la misma ha sido comprobada por diferentes ONG. A través de las redes sociales y de los distintos tipos de navegadores de la red tales como Google, etc., es posible acceder y consultar la Lista Tascón, o la Lista Maisanta. El propio Presidente Chávez reconoció la existencia de la lista pero dijo que no se había utilizado para discriminar”.

de estos un 74% se dirigía a personas menores de 40 años y el 26% restante admitía a mayores de esa edad, aunque en general hasta un máximo de 45 años.

En Uruguay, aparte de la ya señalada discriminación por motivos sindicales, se cita igualmente, como otro colectivo de personas que han sido afectadas por motivos discriminatorios a las mujeres, agregando que en diversas oportunidades la discriminación hacia este sector se verifica por medio de conductas que representan acoso sexual hacia las trabajadoras.

En cualquier caso, con los datos aportados por las respuestas, hemos elaborado el siguiente cuadro comparativo.

Inventario de los colectivos que sufren mayor discriminación según país

	Mujeres	Edad	Dirigentes Sindicales	Pueblos Indígenas	Discapacitados	Migrantes	Minorías raciales
México	√	√		√	√		
Costa Rica	√						
Panamá	√	√	√	√		√	
Colombia	√						√
Argentina	√		√				
Uruguay	√		√				
Ecuador	√	√	√	√			
Chile	√		√				
Venezuela	√			√			
Estados	√	√			√		√

Unidos							
--------	--	--	--	--	--	--	--

Cuadro No. 2. Nota: De Venezuela cabe resaltar también la discriminación en el empleo hacia los sectores opositores al gobierno.

6. Nuevos bienes jurídicos y grupos protegidos por la jurisprudencia y la legislación en la aplicación del principio de no discriminación en el empleo

El Convenio No. 111 de la O.I.T. ha sido tradicionalmente el principal paradigma para enjuiciar situaciones de discriminación en el empleo, resultando igualmente típicos los casos de posible discriminación que plantea el apartado a) de su artículo primero, cuando refiere a motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social. El hecho de que hayan aparecido nuevas formas de discriminación más sutiles, tanto en el acceso al empleo, como durante el empleo, ha hecho que algunos países legislen ampliando la cobertura original del convenio indicado. Es interesante sin embargo plantearse, como ya lo ha hecho la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica, si el propio Convenio 111 no contiene ya, en el apartado b) del artículo primero, una especie de *numerus apertus*, el cual permite incluir dentro de las causas de discriminación, otras que no están en el primer apartado, y que refiere a *“cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación, que podrá ser especificada por el miembro interesado...”*.

Ante la interrogante formulada, el Tribunal Constitucional de Costa Rica ha respondido afirmativamente en varias de sus sentencias, con el objeto de cobijar casos de discriminación por enfermedad del trabajador, donde era evidente la persecución del empleador contra el trabajador que había sufrido una enfermedad grave.⁷

⁷ Así, en la sentencia No. 2005-132005 de las 15:30 horas del 27 de setiembre de 2005, se dijo: “En el caso concreto de la discriminación laboral por enfermedad, por una parte, el inciso b) del primer artículo del Convenio 111 admite la posibilidad de especificar, a través de cierta vía, cualquier tipo de discriminación que anule o altere la igualdad de oportunidades o de trato en el

Ahora bien, más allá de lo anterior, es lo cierto que la legislación y jurisprudencia comparada que aportan los informes nacionales, permite efectivamente descubrir nuevas formas de protección para bienes y grupos específicos, distintos de los que tradicionalmente han cubierto los convenios internacionales de derechos humanos.

Es interesante constatar que precisamente, entre los nuevos bienes jurídicos que se están protegiendo de acuerdo con el principio de no discriminación, está el derecho a no sufrir persecución por razones de salud. Así lo indican los Informes Nacionales de Costa Rica, Argentina y Panamá. En el caso de Argentina, nos señala su relator que diversos fallos han resuelto pago de indemnizaciones por daño moral en casos en los cuales se tuvo por probado que el trabajador no fue contratado o que su despido estuvo motivado en la circunstancia de que el trabajador fuera portador del virus del VIH SIDA. Igual solución, señala el Informe, han adoptado otros fallos cuando la prueba demostró que padecían otras enfermedades que de ninguna manera implicaban una limitación para cumplir las tareas respectivas. De hecho, existen en este país, leyes protectoras para trabajadores con diabetes, epilepsia y el mal de chagras. En cuanto a Panamá, su informe hace referencia a la Ley No. 59 del año 2005, la cual puntualmente adopta normas de protección laboral para personas con enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral.

empleo u ocupación y, por otra parte, tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos proscriben de manera expresa cualquier tipo de trato discriminatorio, tesis que, de igual forma, profesa nuestro régimen constitucional al amparo de lo regulado en el numeral 33 de la Ley Fundamental. Por lo demás, el despido discriminatorio de que fue víctima el amparado, afecta colateralmente los derechos constitucionales al trabajo y a la salud. En cuanto al primero, es evidente que todo despido por discriminación irremediablemente implica una lesión al mismo y, en general, al deber de solidaridad inherente al Estado Social de Derecho y al principio cristiano de justicia social (artículo 74 de la Constitución Política). Además, dada la edad del amparado y el motivo real de su despido, su enfermedad, éste queda postrado en una situación particularmente perjudicial tanto para su salud como para su dignidad como ser humano, pues cuenta con menos posibilidades de encontrar otra opción laboral y, consiguientemente, de obtener los recursos necesarios para atender su problema de salud y obligaciones familiares, aparte de que en la práctica, lamentablemente, a una persona de cierta edad, despedida abruptamente y afectada por una enfermedad tan severa como el cáncer, se le dificulta enormemente la obtención de un empleo digno, habida cuenta de los problemas operativos y de costo que podría depararle a un nuevo empleador el tener que encontrar sustituto para eventuales incapacidades por internamiento hospitalario o algún tipo de tratamiento médico. En virtud de lo expuesto, este proceso de constitucionalidad deviene del todo procedente.” Puede consultarse en igual sentido el Voto de la Sala Constitucional de Costa Rica No. 2008-011863 de las 16 horas 19 minutos del 29 de julio de 2008.

Varios países citan también la protección de las personas con discapacidad, como una nueva forma de protección normalmente no incluida en otras normativas. Es el caso de la Ley 7600 del 02/05/1996, “Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad”⁸, o el caso de la Ley 59 del año 2005 de Panamá, ya citada. La relatora de Chile, hace cita expresa también del artículo 161 bis del Código de Trabajo, según el cual, *“la invalidez total o parcial, no es justa causa para el término del contrato”*.

Un caso particular es el de la nueva Constitución de Ecuador, donde se reglamentan de manera taxativa importantes protecciones específicas favorables para sectores no tradicionales, como el de las personas con discapacidad, personas adultas mayores, y jóvenes. En tal sentido, la Constitución señala que el Estado garantizará a las personas adultas mayores la atención gratuita y especializada de la salud, el trabajo remunerado en función de sus capacidades, para lo cual tomará en cuenta sus limitaciones, y la jubilación universal, entre otros derechos. Agrega que el Estado tomará medidas de protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica, así como que ejecutará políticas destinadas a fomentar la participación y el trabajo de las personas adultas mayores en entidades públicas y privadas. La misma Constitución establece también que el Estado reconocerá a las jóvenes y los jóvenes como actores estratégicos del desarrollo del país, así como fomentará su incorporación al trabajo en condiciones justas y dignas, con énfasis en la capacitación, la garantía de acceso al primer empleo. Contempla también el derecho de las mujeres embarazadas y en período de lactancia a no ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativos, social y laboral. Reconoce a las personas con discapacidad el derecho al trabajo en condiciones de igualdad de oportunidad, que fomente sus capacidades y potencialidades, a través de políticas que permitan su incorporación en entidades públicas y privadas. Destaca pues en el caso de Ecuador, el dato jurídico singular de que se hayan elevado a la Constitución Política, una serie de protecciones puntuales para grupos concretos en materia de aplicación del principio de no discriminación en el empleo.

Quizás pudiera acercarse a esta situación la de México, por la incorporación a nivel constitucional de varias protecciones específicas de gran actualidad. Según nos indica la

⁸ Esa normativa considera como actos de discriminación: “el emplear en la selección de personal mecanismos que no estén adaptados a las condiciones de los aspirantes, el exigir requisitos adicionales a los establecidos para cualquier solicitante y el no emplear, por razón de su discapacidad, a un trabajador idóneo. También se considerará acto discriminatorio que, en razón de la discapacidad, a una persona se le niegue el acceso y la utilización de los recursos productivos.”.

relatora de este país, en el caso de México no existen tipos de discriminación tipificados por la jurisprudencia. Sin embargo, el ordenamiento jurídico superior (Constitución); además de los criterios tradicionales, prohíbe la discriminación motivada por edad, discapacidades, condiciones de salud, preferencias sexuales y el estado civil. Agrega sin embargo el Informe, que a nivel jurisprudencial es escaso el tratamiento que se ha dado a estos temas.

Varios informes nacionales mencionan también la edad, como uno de los nuevos criterios de discriminación que han sido introducidos por la legislación más reciente. En Costa Rica, mediante Ley N° 8107 de 18 de julio del 2001, se le introdujo un título adicional al Código de Trabajo (Título XI), relativo a la “*Prohibición de discriminar*”. La norma prohíbe toda discriminación en el trabajo por razones de edad, etnia, género o religión, de manera que, no obstante, ser menos comprensiva que otras disposiciones internacionales, el listado contempla, adicionalmente, la edad como un criterio para tipificar una modalidad de discriminación odiosa. También menciona este criterio el Informe de Argentina, al señalar que varias sentencias se han pronunciado en caso de discriminación por razones de edad y que inclusive han declarado la inconstitucionalidad de normas legales o que imponían un límite de edad para postularse como docentes o notarios públicos.⁹ No puede dejar de mencionarse acá la existencia de varios Informes que se refieren a legislación específica para proteger contra la discriminación laboral a los trabajadores, en los casos de infecciones de transmisión sexual y concretamente por consecuencia del virus VIH SIDA, como es el caso de Costa Rica, Panamá, Argentina y otros.

El caso colombiano es singular, pues se indica con razón que un tipo de discriminación nueva, al que la ley colombiana ha pretendido dar una tutela importante es el de las personas que han participado del conflicto armado interno, a los efectos de que puedan reintegrarse a la sociedad civil. Se cita a este respecto, aunque con resultados hasta ahora poco fructíferos, la Ley No. 789 de 2002 y la Ley No. 1429 de 2010. Así también se hace mención a la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, según la cual “*las medidas legislativas encaminadas a alcanzar la paz, no pueden desconocer los compromisos internacionales asumidos por el Estado colombiano, mediante la suscripción de diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario*”.

⁹ Compilación temática de jurisprudencia, por Raúl Horacio Ojeda, Revista de Derecho Laboral, 2008-2, pág. 563 y ss.

En Argentina, el Informe nos hace un inventario de varias leyes puntuales que reflejan una preocupación por grupos específicos de trabajadores. Así la Ley No. 23.753 y su complemento, la Ley 25.788, impide que la diabetes sea causa de impedimento para el ingreso laboral, así como también estatuye que el desconocimiento de este derecho constituye discriminación. La Ley No. 23.798 expresamente veda cualquier marginación, estigmatización, degradación o humillación por el hecho de padecer SIDA. La ley No. 26.281 protege a los trabajadores que padecen epilepsia de manera similar a quienes padecen de diabetes. Finalmente, la Ley No. 26281, protege a los trabajadores que padecen Mal de Chagras, de manera similar a quienes padecen diabetes y epilepsia.

También interesante resultan los Informes de Uruguay y de Chile, en cuanto mencionan entre las formas de discriminación en el empleo que mayormente ha tenido que atender la jurisprudencia, los motivos sindicales. De acuerdo al informe chileno, es posible encontrar un “acoso laboral” en contra de empleados sindicalizados o dirigentes, lo mismo que despidos por las mismas razones. Esta es una llamada de atención muy importante que hacen los relatores de Uruguay y de Chile sobre un tema que a menudo se pasa por alto al tratar el tema de la discriminación en el empleo, al considerar los motivos de participación sindical como suficientemente protegidos por la legislación, lo cual en realidad no es cierto.

Sumamente llamativo, en todo este contexto de las nuevas formas de discriminación, o de algunas no tan nuevas, como es la que se da por motivos sindicales, resulta la mención que hace el Informe de los Estados Unidos al hecho de que aproximadamente la mitad de los Estados que conforman la Unión, tienen legislación específica prohibiendo la discriminación sobre la base de la orientación sexual de las personas. Igual de interesante, es el hecho mencionado en el mismo informe de que por leyes estatales y locales, se hayan introducido un número variado de motivos de discriminación, aparte de las disposiciones de carácter federal, para lo cual nos cita el ejemplo de la ciudad de Madison, Wisconsin, donde las ordenanzas municipales prohíben también la discriminación en razón de: condición marital, fuente de ingresos, record policial, récord de delincuencia, apariencia física, orientación sexual, género, identidad genética, creencias religiosas, estatus familiar, estatus doméstico o como víctima de abuso doméstico y condición de víctima de ataques sexuales o seguimientos.

La gran pregunta que puede formular el intérprete cuando observa el creciente número de motivos de discriminación que incorporan la jurisprudencia y la legislación, es la siguiente: ¿cuál es el denominar común que permite a todas estas situaciones como causales de

discriminación en el empleo? A lo cual se podría agregar la siguiente interrogante: ¿ cómo saber que estamos ante violaciones de un derecho fundamental y por tanto de especial protección, por el ordenamiento constitucional y por el ordenamiento internacional de los derechos humanos? La respuesta a estas preguntas parece trascender el espacio natural de este trabajo. No obstante, podría afirmarse que existen dos grandes criterios para calificar una conducta como discriminatoria. El primero de ellos es la violación al derecho a la dignidad que en general tiene todo ser humano. El segundo, la desigualdad injustificada en el trato al trabajador, sobre todo cuando a partir de ese trato desigual se generan perjuicios graves para el trabajador y la trabajadora, empezando por el acceso mismo al empleo y pasando por la disímil remuneración económica, posibilidades de ascenso y movilidad laboral, sin dejar de contabilizar aquí los derechos colectivos, como los de asociación y negociación colectiva en general.

7. Incorporación de normas sobre no discriminación en el empleo en los convenios colectivos.

A la consulta que se hizo a los relatores en cuanto a si en sus respectivos países, existía o no la práctica de incorporar a los convenios colectivos normas específicas sobre no discriminación en el empleo, una mayoría respondió negativamente, con la excepción de la discriminación sindical, cuya inclusión es normal en los instrumentos de negociación colectiva. Un caso particular sería el de Uruguay, donde según se nos informa, en el año 2008, a instancias de la Comisión de Género y equidad del PIT-CNT (central única de trabajadores) se asume un compromiso tripartito de promover una cláusula de equidad de género en los convenios colectivos a celebrarse a partir de la ronda de Consejo de Salarios del año 2008. Señalan los relatores de Uruguay que en virtud de ese compromiso, en la actualidad, la regulación más frecuente refiere a la no discriminación por razones de género, y es común encontrar en los acuerdos de los Consejos de Salarios, la voluntad expresa de las partes de realizar esfuerzos para garantizar en todo momento la igualdad de género y oportunidades, consagrándose en algunos casos inclusive, el principio de igualdad de remuneración de sexos. El mismo informe que venimos reseñando indica que también se aprecia en algunos convenios colectivos cláusulas que sin mencionarlo expresamente, tienden a combatir diferentes formas de discriminación. De esta forma, distintos convenios prevén períodos de licencia maternal o

de lactancia adicionales a los legales, o se establecen beneficios para trabajadores con responsabilidades familiares (servicios de guardería, licencias adicionales a la legal, flexibilidad horaria, pagos extraordinarios, etc.).

En el caso de Argentina, su relator indica que los convenios se limitan a expresar genéricamente la prohibición de hacer discriminaciones, pero no incluyen medidas tendientes a solucionar las situaciones que eventualmente se presenten. Precisamente por esa razón, nos indica el Informe argentino, una Comisión de Expertos que se pronunció en el año 2008 sobre la legislación laboral del país *“propuso justamente que fueran los convenios colectivos y los estatutos especiales las herramientas para introducir paulatinamente figuras tendientes a reemplazar el sistema actual de extinción de los contratos de trabajo, reflexión que es igualmente aplicable a todo lo relativo a discriminaciones en el marco del Derecho del Trabajo”*.

Un caso digno de resaltar es el de México, donde según su relatora, más bien subsisten cláusulas que contienen cláusulas de exclusión por ingreso así como “sistemas escalafonarios ciegos”, por medio de convenios colectivos. La cláusula de exclusión por ingreso implica que el patrón solo admitirá como trabajadores a aquellos que formen parte del sindicato, excluyendo en consecuencia a aquellos que no lo son. El escalafón ciego, significa que un trabajador ascenderá al puesto inmediato superior, basándose únicamente en la antigüedad que tenga en el empleo, independientemente de su capacitación o aptitudes para el trabajo. De esta forma, los convenios colectivos constituyen en México instrumentos para perpetuar sistemas de empleo y promoción que indiscutiblemente ponen en entredicho la aplicación del principio de igualdad.

En Venezuela, la única referencia que según los relatores se hace en las convenciones colectivas al tema de la discriminación, tiene que ver con la garantía de igualdad salarial, sobre todo en los casos de suplencias, con el fin de garantizarle a los trabajadores que suplan las ausencias temporales, una remuneración igual a la del trabajador sustituido.

En el caso de los Estados Unidos, si bien, el Informe señala, por un lado, que la mayoría de convenios colectivos integran cláusulas que prohíben la discriminación en el empleo, y sujetan los conflictos a procedimientos arbitrales, es también cierto que en este momento son pocos relativamente los trabajadores de este país protegidos por un convenio colectivo. Según cifras que ofrece el Informe del citado país, en el año 2012, solamente

un 12% de los trabajadores estaban cubiertos por convenios colectivos, o lo que es lo mismo, cerca de 16 millones de un población total de 125 millones.¹⁰

En Colombia, según nos informa su relator, los avances frente al tema de la “No Discriminación en el Empleo”, han sido relativamente nuevos, de ahí que en las negociaciones Colectivas, solamente hasta ahora se está implementando este aspecto como acápite adicional para los temas a negociar; por ende no es posible resumir regulaciones frecuentes sobre solución de problemas en los convenios colectivos para atacar hechos discriminatorios. Sin embargo, como antecedente, el Informe trae a colación, a modo de ejemplo la Sentencia T-690/98, del Tribunal Constitucional. Los demandantes eran trabajadores de la Caja de Compensación Familiar del Cauca CONFACAUCA, quienes interpusieron Acción de Tutela contra la mencionada entidad, por la violación de sus derechos fundamentales a la igualdad y libertad de asociación, como quiera que en 1992, dicha Caja de Compensación Familiar, había celebrado un Pacto Colectivo con doce de trabajadores no sindicalizados, conviniendo con ellos beneficios que no se encontraban contemplados para los trabajadores sindicalizados. En este caso, según el relator colombiano, la Corte sostuvo, pronunciamientos similares como el realizado en Sentencia de T 136 de 1.995 en el siguiente sentido: *“...no es admisible la discriminación de estar o no afiliado a un sindicato, para favorecer a los no sindicalizados en contra de los sindicalizados, pues en tal evento no sólo se contraría el derecho a la igualdad sino que se atenta contra el derecho a la asociación sindical consagrado en el artículo 93 de la Constitución.”* El tema que plantea la jurisprudencia colombiana tiene una repercusión mayor, pues guarda relación con otro mucho más complicado, como son las relaciones entre autonomía individual y autonomía colectiva, o lo que es lo mismo, capacidad negociadora de los trabajadores, individualmente considerados y la capacidad negociadora de los sindicatos. A este respecto, pareciera oportuno citar una vieja pero importante doctrina del Tribunal Constitucional español, inserta en la sentencia No. 105/1992 del 1 de julio de 1992, en la cual se indicó que: *“...de prevalecer la autonomía de la voluntad individual sobre la colectiva, plasmada en un convenio, legalmente pactado entre los sindicatos y la representación empresarial, quebraría el sistema de la negociación colectiva, configurado por el legislador, cuya*

¹⁰ Sigue indicando el Informe de los Estados Unidos, que según cifras del Bureau of Labor Statistics, U.S. Department of Labor, un 40% de los trabajadores del sector público se encuentran sindicalizados, frente a un 7% del sector privado.

virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios constitucionales previstos en el artículo 37.1”.

Visto lo que señalan los informes en torno al tema de la inserción en los convenios colectivos de normas que se refieran al tema que nos ocupa, resulta fundamental la reflexión que nos traslada el Informe de Argentina en cuanto al papel que podrían jugar los convenios, no tanto en la enunciación de situaciones de discriminación como en cuanto al establecimiento de mecanismos de solución para tales situaciones. En este sentido, pareciera que los convenios colectivos podrían jugar en el futuro un papel muy importante tanto de prevención como de solución ante la discriminación en el empleo. De esta manera, sin perjuicio de que en los convenios colectivos se puedan tipificar formas específicas de discriminación, así como mecanismos de discriminación positivas, bien se pueden también instrumentalizar sistemas para la solución expedita y satisfactoria de los conflictos que surjan en relación con esta materia.

8. Existencia de vías procesales distintas de las ordinarias para ejercer la defensa frente a situaciones de violación del principio de no discriminación.

La consulta que se formuló a los relatores sobre la existencia de procedimientos especiales en su país, para la defensa del principio de no discriminación, mediante mecanismos administrativos o judiciales distintos de los ordinarios, no es casual. A esta reflexión nos obliga el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuando señala:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades del recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Ciertamente, en varios países existe el llamado amparo constitucional, ya sea ante la jurisdicción constitucional, o ante Cortes especiales. No obstante, como bien lo señala el Informe de Costa Rica, sucede con algunos derechos específicos (como por ejemplo en ese país cuando toca al tema de la protección de la libertad sindical), no siempre los tribunales constitucionales aceptan conocer en la vía de amparo de derechos laborales específicos o inespecíficos, típicos o atípicos, remitiéndolos a la vía laboral ordinaria, aún a sabiendas de que en esa vía los procesos no son expeditos. En tales casos, se da un incumplimiento claro de lo normado en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Así las cosas, y analizados en su conjunto los informes nacionales, podemos ver que en Colombia, Ecuador y Costa Rica no existe, dentro de la jurisdicción laboral, ningún procedimiento especial para conocer de las demandas por violación al principio de no discriminación. Se puede acudir ante la jurisdicción constitucional, únicamente, por la vía del amparo, para lograr una tutela sumaria. Cabe agregar, como dato importante sin embargo, que tanto en Costa Rica como en Ecuador, es posible conocer en vía de amparo constitucional, violaciones de derechos constitucionales realizadas por personas particulares. En Costa Rica *cuando los sujetos de derecho privado actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o se encuentren de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales...*"; en Ecuador *"si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación"*.

Ejemplos de países que sí han legislado en esta materia, para crear procedimientos especiales de tutela de derechos laborales fundamentales, son los casos de Chile y Uruguay. En Chile, existe un procedimiento de tutela en el Código de Trabajo, para ciertos bienes jurídicos específicos, pero también se ha decretado una reciente Ley, que es la Ley No. 20.609, publicada el 24 de julio de 2012, según la cual se han establecido otras protecciones contra la discriminación en general. No se restringe su aplicación a un listado taxativo de sujetos protegidos. De acuerdo al Informe de ese país, la Ley No. 20.609 resultaría aplicable en los problemas de acceso al empleo. En Uruguay se dictó en fecha 13 de setiembre de 2009, la Ley No. 18572 que instaura un proceso laboral

autónomo, el cual fue reformado por Ley No. 18847 de 25 de noviembre de 2011. Estas leyes sustituyeron el procedimiento que contenía la Ley No. 16045 para los casos de discriminación por violación de la igualdad de trato y oportunidades, regulado por el proceso laboral autónomo.

Por su parte, el Informe de México, contempla precisamente como un serio problema, el hecho de que no se hayan desarrollado medios de tutela judicial efectiva, por los cuales se pueda sancionar a los empleadores. Aún así, es importante que en el caso Mexicano algunas entidades, a nivel estatal, han tipificado el delito de discriminación. Como norma general se contempla una multa de 250 a 5000 veces el salario mínimo general, cuando el patrono incurra en actos o conductas discriminatorias en el centro de trabajo, para el que realice actos de hostigamiento sexual o que tolere o permita actos de acoso u hostigamiento sexual contra sus trabajadores.

En Panamá se menciona como la vía procesal para atender los casos de discriminación laboral los juicios de faltas. No indica el Informe de este país, si se trata de una vía rápida y expedita, pues lo normal en el derecho comparado es que no lo sea.

En Argentina, el artículo 43 Constitucional refiere que *“toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidas por esta Constitución, un tratado o una ley...”*. Es interesante además, que en el ámbito del Derecho Administrativo de este país, se creó mediante Ley No. 24.515 del año 1995, el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo. Este instituto no solo brinda asesoría integral y gratuita a personas o grupos en situación de discriminación, o víctimas de xenofobia o racismo, sino que también proporcional patrocinio gratuito, especialmente en las áreas de educación, salud, acción social y empleo, provengan las acciones discriminatorias de autoridades estatales o privadas. Este Instituto puede iniciar las acciones a las que se refiere el artículo 43 constitucional.

Un sistema especial es el que detalla el Informe de los Estados Unidos, gracias a la existencia de un ente administrativo que se encarga en una especie de primera instancia del conocimiento de casos de discriminación. De hecho, si una persona se siente discriminada en el empleo debe iniciar sus gestiones ante la agencia estatal o local de anti discriminación. Si el caso no fuera resuelto prontamente puede acudir a la Comisión para la Igualdad de Oportunidad en el Empleo (Equal Employment Opportunity Commission)

conocida por sus siglas en inglés como EEOC, la cual puede resolver el asunto si considera que existen motivos razonables para considerar que una discriminación se ha dado. En el caso de que la comisión no encontrara causa razonable para considerar que ha ocurrido una discriminación o se ve impedida de resolver el caso, emite una nota conteniendo el derecho para acudir a la vía judicial. Toda persona se encuentra también en la posibilidad de solicitar por parte de la EEOC uno de estas notas cuando hayan transcurrido 180 días sin que la Comisión hubiera resuelto su caso.

De acuerdo con la legislación de los EE.UU., la EEOC tiene también la autoridad legal para interponer por sí misma, en representación de cualquier persona afectada, una demanda judicial ante los tribunales. No obstante, no realiza esto a menudo, por sus limitados recursos.

A pesar de la existencia de la Comisión reseñada, el relator informa que la aplicación real de la mayor parte de disposiciones en materia de no discriminación corre a cargo de abogados particulares, o lo que es lo mismo, que la mayor parte de las acciones las llevan individualmente cada uno de los perjudicados. La normativa procesal permite, no obstante, que en caso de litigio, cuando resulte vencedera la parte acusara, pueda recuperar los gastos de abogado, lo cual no sucede igual cuando es el empleador quien resulta vencedor. Encontramos de este modo una especie de discriminación positiva en el ámbito procesal, propiamente.

9. El tema de la carga de la prueba en procesos donde se discuten temas sobre violación del principio de no discriminación en el empleo.

En punto al tema de la carga de la prueba, dentro de los procesos judiciales y administrativos en que se discute la violación del principio de no discriminación en el empleo, la tónica general en los informes recibidos para este estudio, muestra el traslado de la carga de la prueba de la existencia de un móvil legítimo para cualquier diferenciación de trato, a los empleadores, siguiendo la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Comunidad Económica Europea -hoy Unión Europea- y del Tribunal de Estrasburgo. Una situación singular se da allí donde aparecen leyes diferenciadas sobre

ámbitos de protección específicos en materia de no discriminación, como por ejemplo en materia de Acoso Sexual. En estas leyes específicas lo normal es que se establezcan reglas propias en materia de prueba, como es el caso de la Ley contra el Hostigamiento o Acoso Sexual en el Empleo y la Docencia de Costa Rica, donde se indica que en caso de duda se estará a lo que más beneficie a la persona hostigada, con la prohibición expresa de considerar los antecedentes de la persona denunciante, particularmente en lo relativo al ejercicio de la sexualidad.

Un caso singular se presenta en Ecuador donde la propia Constitución de 2008, incluyó en el ámbito de las garantías jurisdiccionales, la siguiente norma: *“se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información”*. Vemos de esta forma que es la propia Carta Política del país, la que establece reglas claras sobre carga de la prueba en los procesos contra entidades públicas.

Otro país que tiene una regulación interesante es Chile, donde si el criterio para la discriminación invocado en la demanda es alguno de los que somete a sospecha especial el artículo segundo inciso cuarto del Código de Trabajo, será suficiente para el trabajador aportar el indicio de que tal criterio fue utilizado, para que prospere la demanda. En otros casos no contemplados en el citado artículo, donde los criterios de discriminación pueden ser por ejemplo el de ser portador del VIH SIDA, homosexualidad, adicción a drogas, etc., el trabajador deberá acreditar que el criterio en cuestión no ha sido justificado ni razonable, y/o que no permitía definir capacidad o idoneidad personal.

Más complicado es el tema de la carga de la prueba en los Estados Unidos, donde existen distintas provisiones y precisiones, según se trate de discriminaciones directas o indirectas. En el primer caso, cuando se trata de discriminaciones directas y la parte acusadora se encuentra dentro de un grupo protegido, la demanda se inicia con lo que el Informe llama una carga ligera o sencilla, correspondiéndole al empleador demostrar las razones por las cuales se está ante una situación no discriminatoria. Ante la evidencia del empleador, la carga de la prueba regresa a la parte demandante, a fin de pueda demostrar que la razón presentada por la parte accionada no es cierta, siendo otra la causa verdadera que explica la discriminación. Una situación distinta se presenta cuando se trata de lo que en el Informe se conoce como “motivaciones mixtas”, en que se ven envueltos motivos legítimos e ilegítimos para tomar una decisión adversa en materia de empleo. En estos casos, la parte accionante debe demostrar que aunque existan varios motivos para la decisión que le afecta, el criterio que motiva (*“motivating factor”*) la

decisión adversa en el empleo es ilegítimo, como por ejemplo, razones de sexo o raza. Corresponde en este caso al empleador demostrar que la misma decisión se hubiera tomado, aún cuando el factor alegado por la parte accionante hubiese sido considerado. De probarse esta defensa, que el Informe denomina “*same result anyway*” (mismo resultado de todas maneras) el demandado se libera de la acusación. Finalmente, si la parte accionada no logra demostrar la defensa del “*mismo resultado de todas maneras*”, la parte demandante obtiene el derecho a recibir un pago indemnizatorio por los daños, lo cual puede incluir la reinstalación.

Agrega el Informe de los Estados Unidos un dato importante, y es que las Cortes de ese país han aceptado lo que denomina “evidencia estadística”, donde se compara lo que sería aceptable de acuerdo con criterios lógicos y lo que se están dando en la realidad, por ejemplo en cuanto a número de mujeres empleadas en una compañía.

La discriminación indirecta es también reconocida en los Estados Unidos, donde la parte accionante debe ofrecer la prueba inicial para demostrar que el empleador utiliza un aparente criterio neutral, para crear en realidad un efecto desproporcionado adverso en un grupo protegido. En tal caso corresponde al empleador demostrar que el factor utilizado resulta consistente con las necesidades propias del negocio (en casos de discriminación por edad la carga de la prueba es aún menor para el empleador, a quien le basta probar que el criterio usado es razonable). Finalmente, si el empleador logra demostrar en el sentido indicado, la parte actora puede aún salir airoso, si logra demostrar que una práctica empleadora alternativa puede ser usada, con los mismos objetivos de negocio, sin crear un efecto adverso en el grupo protegido (ver *Griggs versus Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971); Title VII of the Civil Rights Act of 1964, 42 U.S.C. No. 2002-2(k)(1).

También en los Estados Unidos, los casos de hostigamiento tienen una estructura probatoria propia. En términos generales la parte actora debe probar que (1) es parte de un grupo protegido (2) que se trata de una conducta no querida (3) sobre la base de la categoría protegida y (4) que la conducta fue severa o invasiva o que un aspecto tangible del empleo ha sido afectado (por ejemplo fue despedida o no fue promovida). Si el acoso fue cometido por otra persona distinta del supervisor, por ejemplo otro trabajador o un cliente, el actor debe probar además que el empleador fue negligente en prevenir el acoso o a la hora de responder al mismo. En el caso en que el hostigamiento provenga de alguno de los supervisores del trabajador o trabajadora, el empleador resulta responsable de lo ocurrido, salvo que demuestre haber tomado los cuidados suficientes para prevenir

el acoso en el empleo (por ejemplo manteniendo reglas apropiadas prohibiendo el hostigamiento o dando capacitación apropiada) y la parte demandante falló irrazonablemente a la hora de aprovechar las facilidades que otorgaba el empleador para corregir la situación que se presentó (ver Faragher versus City of Boca Raton, 524 U.S. 775 (1998)).

En México, jurisprudencialmente no ha existido un pronunciamiento importante. Sin embargo, indica el Informe de este país que tratándose de conflictos laborales, en general se exime de la carga probatoria al trabajador, si por otros medios puede llegarse al conocimiento de los hechos, lo que es la regla general, y solo por excepción, tratándose de negativas absolutas del patrón, es el trabajador a quien compete acreditar ciertos hechos.

La normativa invierte la carga de la prueba cuando se trata de vulneración de los derechos fundamentales, entre esos los laborales que tienen rango constitucional.

En el caso de la legislación panameña, no existen normas procesales especiales en materia laboral, referente a la carga de la prueba en situaciones de discriminación laboral. El artículo 735 del Código de Trabajo indica que la carga de la prueba incumbe a la parte que afirma la existencia de hechos como fundamento de su acción o excepción pero se establecen algunas presunciones legales en el artículo 737, que admiten prueba en contrario.

Uno de los aspectos críticos, por así decirlo, de la diferente apreciación de la carga de la prueba en materia de derechos fundamentales, y específicamente en tema de aplicación del principio de no discriminación, resulta de la eventual colisión de estas técnicas procesales, con principios de rango constitucional, como lo son el principio de inocencia y el debido proceso. Precisamente, una resolución del Tribunal Constitucional de Colombia, trató este tema, Sentencia C-780 de 2007 en la cual se señaló lo siguiente, en relación con el llamado acoso laboral: *“La presunción de acoso laboral objeto de análisis, no implica desde ningún punto de vista el desconocimiento del derecho al debido proceso del acusado. En efecto, quien es denunciado por haber desplegado presuntamente alguna de las conductas que configuran acoso laboral aún cuando lo haya hecho de manera reiterada y pública, tiene la posibilidad, dentro del proceso, ya sea judicial o disciplinario, de controvertir las pruebas en aras de demostrar que los hechos que dieron lugar a tal proceso no ocurrieron o que, en caso de haber tenido lugar, no configuran la conducta de acoso laboral. De esta manera, la presunción establecida en la disposición objeto de examen no contraría el principio de presunción de inocencia ni el derecho al debido*

proceso, pues se trata de una redistribución de las cargas procesales que no hace nugatorio el derecho de defensa de quien debe desvirtuar el hecho o la consecuencia deducida. Se trata, como se dijo en el acápite anterior, de una institución jurídica que permite al legislador invertir o desplazar el objeto de la prueba, con el propósito de corregir la desigualdad material que existe entre las partes respecto del acceso a la prueba en favor de quien se encuentra en situación de indefensión o de debilidad manifiesta, en este caso concreto, como manifestación directa del principio in dubio pro operario y proteger así bienes jurídicos particularmente valiosos.”

También en Colombia, la Ley No. 1496 de 2011, establece que *“Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presume injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación”*. De este modo, es al empleador a quien le toca demostrar que no ha incurrido en conductas discriminatorias, cuando por petición de la parte, la afectada solicita dicha investigación o se establece en su contra por vía ordinaria o de tutela tal pretensión.

En resumen, y de acuerdo con la mayoría de los Informes Nacionales, estamos frente a posiciones doctrinarias, incorporadas en la jurisprudencia nacional, que permiten facilitar la posición de quien denuncia o acusa una discriminación, frente a quien tiene que defenderse de las presunciones que la ley y la jurisprudencia han creado en su contra.

10. Uso de la discriminación positiva por las legislaciones y jurisprudencia nacionales.

Puede decirse que de acuerdo con los Informes Nacionales recibidos, el caso más frecuente discriminación positiva en el empleo se da en relación con los trabajadores que sufren algún tipo de discapacidad para el trabajo, aunque también se mencionan con regularidad los casos de la mujer trabajadora en épocas de embarazo y lactancia. Dentro de esta línea de protección para los trabajadores con discapacidad no pueden ser ajenos ni el Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la

“Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas”, ni la Convención Interamericana contra la Discriminación de Discapacitados”.¹¹

¹¹ En efecto, la protección de los derechos de las personas discapacitadas se potencia, con el reconocimiento expreso que se realiza en distintas normas internacionales, como el Convenio n.º 159 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la “Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas”, que luego de definir a la persona discapacitada, como “ toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden substancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida” (el subrayado es nuestro); establece el deber de todo Estado miembro de promover su integración o reintegración en la sociedad (artículo 1º). Para tal efecto, deberá formular, aplicar (mediante la legislación nacional) y revisar periódicamente la política nacional sobre la readaptación profesional y el empleo de personas discapacitadas; la cual se basará en el principio de igualdad de oportunidades entre esta clase de trabajadores y los trabajadores en general y estará destinada a asegurar que existan medidas adecuadas de readaptación profesional al alcance de todas las categorías de personas inválidas, así como a promover oportunidades de empleo para las personas inválidas en el mercado regular del empleo (artículos 2, 3, 4 y 6). Por lo demás, en su artículo 7 estipula que las autoridades competentes deberán adoptar medidas para proporcionar y evaluar los servicios de orientación y formación profesionales, colocación, empleo y otros afines, a fin de que las personas discapacitadas “puedan lograr y conservar un empleo” y progresar en el mismo; a lo que agregar que, siempre que sea posible y adecuado, se utilizarán los servicios existentes para los trabajadores en general, con las adaptaciones necesarias. Por su parte, la Convención Interamericana contra la Discriminación de Discapacitados, después de reafirmar en su preámbulo “ que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas; y que estos derechos, incluido el de no verse sometidos a discriminación fundamentada en la discapacidad, dimanen de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano”; establece el deber de todos los Estados signatarios de prevenir y eliminar todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad (artículo II); entendiéndose por *discapacidad*, “la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”; y por *discriminación*, “toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales” (artículo I, incisos 1 y 2.a.). Para cumplir con la meta anterior, la Convención de cita dispone en su artículo III.1.a los compromisos que debe asumir el Poder Público, como “Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra

La existencia misma de formas de discriminación positiva en el empleo, es contemplada en el artículo 20 de la Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela, cuando señala que *“No se considerarán discriminatorias las disposiciones especiales dictadas para proteger la maternidad, paternidad y la familia, ni las tendentes a la protección de los niños, niñas, adolescentes, personas adultas mayores y personas con discapacidad”*. En este mismo país, la Ley para las Personas con Discapacidad, del año 2006, establece en su artículo 28 que las empresas están obligadas a emplear personas con discapacidad, en una proporción no menor a un 5% de su nómina total.

En Uruguay, la Ley No. 18651 de 19 de febrero de 2010, denominada “Protección Integral a los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en su artículo 49, establece un porcentaje mínimo de acceso al empleo público de personas con discapacidad. Además, la Ley No. 17215 de 24 de setiembre de 1999, contempla el derecho de la trabajadora, a solicitar un cambio temporario de tareas durante el embarazo o la lactancia, si aquéllas resultaren perjudiciales para su situación. Si la empresa justificara la imposibilidad de que la trabajadora desempeñe otras tareas, ella tendrá derecho a una licencia especial remunerada, por el 50% del salario que estuviera recibiendo, monto este último que según los relatores, algunos consideran discriminatorio.

En Argentina, la Ley No. 22431 vigente desde el año 1981, dispuso que el Estado nacional, sus organismos descentralizados u autárquicos, los entes públicos no estatales y las empresas del Estado, deben emplear por lo menos un cuatro por ciento de trabajadores discapacitados, los cuales deben gozar de los mismos derechos y estar sujetos a las mismas obligaciones establecidas por la legislación para el resto de trabajadores. La jurisprudencia argentina también se ha encargado de frenar discriminaciones indirectas sobre las mujeres, como es el caso citado en el Informe de este país, del año 2002, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, donde por haberse tenido por acreditado que la demandada había preferido contratar personal femenino, con fundamento en la Constitución Política, el Convenio No. 111 de O.I.T., y

índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad”; incluidas aquellas “para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración” (el subrayado no es del original).

otros convenios internacionales, se dispuso condenar a dicha demandada a contratar en el futuro sólo personal femenino, *“hasta compensar en forma razonable y equitativa la desigualdad producida”*. Más recientemente, según el relator Argentino, en el año 2009, la Sala V de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, resolvió condenar a las empresas demandadas a contratar personal femenino hasta alcanzar un treinta por ciento de la planta de choferes existentes a la fecha de la sentencia.

Nos informa también el relator Argentino de un tipo de discriminación positiva a favor de las mujeres, según Ley No. 25.674, la cual regula lo relativo a participación femenina en las unidades de negociación colectiva de condiciones laborales, así como en cargos electivos y representativos de asociaciones sindicales. Esta última situación de protección específica en la elección de cargos electivos en sindicatos, guarda similitud con la Ley No. 8901 publicada en Costa Rica en el año 2010, y actualmente cuestionada ante la Sala Constitucional, por una presunta violación al principio de igualdad, donde se establece la obligación de que en las elecciones de órganos directivos de sindicatos y asociaciones, se nombren igual cantidad de hombres y de mujeres, o en su caso, si ello no fuere posible, la diferencia entre un grupo y otro no resulte a uno. También en este país, existe una Ley que obliga a llenar un porcentaje de los cupos de trabajadores del sector público con trabajadores discapacitados, porcentaje que no se ha cumplido hasta la fecha.

En Panamá, la Ley No. 42 de 1999, conocida como Ley de Equiparación de Oportunidades para las Personas Discapacitadas, contiene un capítulo dedicado a temas laborales, en el que se destaca la norma según la cual *“En los casos en que personas con discapacidad apliquen para un puesto de trabajo en igualdad de calificación”*, éstos deberán ser considerados prioritariamente para ocupar la posición (artículo 41). Así también dispone esta ley que las empresas con 50 o más trabajadores deberán obligatoriamente contratar a un 2% de su planilla entre trabajadores discapacitados, con igual salario que las personas que realicen sus funciones (artículo 44). Igualmente, menciona el Informe panameño, la Ley No. 12 del año 2002, la cual incentiva la oferta de un primer empleo para jóvenes en el sector privado. Esta ley confiere incentivos y exención de tributos por valor de un 100% de salarios que se paguen a jóvenes entre 18 y 25 años. El Informe panameño es crítico no obstante sobre la aplicación práctica de estas leyes, al señalar que no se cumple con la cuota del 2% de discapacitados, y que el desempleo juvenil ronda en este momento la cifra del 10%.

Tratándose de Ecuador, el Código de Trabajo establece que el empleador público o privado que cuente con un número mínimo de veinticinco trabajadores, estará obligado a

contratar al menos el 4% de la planilla con personas con discapacidad. En cuanto a la jurisprudencia, las formas de discriminación positiva creadas lo fueron por la ex Corte Suprema de Justicia y se refieren más que todo al proceso laboral individual, antes que a normas sustantivas del Derecho del Trabajo.

En Colombia, *“si bien existen normas anteriores a 1991 que podrían ser entendidas como acciones afirmativas, este concepto gana especial notoriedad sobre todo a partir de la entrada en vigencia de la nueva Constitución Política, cuyo artículo 13 resalta el deber del Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptar medidas a favor de los grupos discriminados o marginados. El texto superior contiene además otras disposiciones que de manera específica plantean el mismo mandato frente a colectividades específicas, entre ellas los artículos 43 a favor de las mujeres, 47 a favor de las personas discapacitadas y 171 y 176 sobre circunscripciones especiales para determinados grupos étnicos para la elección del Senado y la Cámara de Representantes. A partir de estas pautas, la Corte Constitucional se ha ocupado con frecuencia del tema, tanto en decisiones de constitucionalidad sobre la exequibilidad de medidas legislativas de este tipo o su eventual omisión como en decisiones de tutela en las que se ordena adelantar acciones concretas o abstenerse de afectar de manera negativa a grupos o personas merecedoras de especial protección constitucional.”* (Sentencia C-293-2010, citada por el Informe de este país).

En materia de discriminación positiva, las técnicas más desarrolladas pero además, las más complicadas, las encontramos en los Estados Unidos, país con una larga trayectoria en este campo. La primera distinción que hace el Informe es en cuanto a trabajadores del sector público y trabajadores del sector privado. Empecemos por el sector público. A este nivel, existen restricciones muy claras tanto de rango constitucional como legal para que los empleados puedan gozar de alguna acción positiva. De hecho, muchas constituciones estatales, de manera expresa prohíben la existencia de discriminaciones positivas a favor de empleados del sector público en tales estados, aún cuando se conoce de una reciente resolución de una Corte Federal, en contra del Estado de Michigan, declarando la inconstitucionalidad de una de estas prohibiciones, lo cual abre un nuevo debate sobre el tema. La Constitución Federal también ha impuesto límites a acciones afirmativas que apliquen universalmente. La Corte Suprema, sin embargo, ha permitido las acciones afirmativas, cuando se cumplan dos condiciones específicas. En primer lugar, debe existir una justificación muy fuerte para la acción afirmativa, y en segundo lugar, la acción afirmativa, debe ser hilvanada de manera escrupulosa para adecuarse a la justificación.

La Corte Suprema de Justicia reconoce solamente dos intereses, como suficientes para justificar una acción afirmativa en el empleo, a saber: 1) cuando se busca remediar una discriminación histórica; 2) cuando exista diversidad educativa en la formación superior.

Para que una acción afirmativa cumpla con el presupuesto de ser escrupulosamente hilvanada para adecuarse a su justificación, debe ser temporal (termina cuando se obtenga el objetivo) y flexible, así como no puede obstaculizar injustificadamente los intereses de los grupos no protegidos (por ejemplo, no se puede prohibir absolutamente la contratación o admisión de los grupos no protegidos, ni interferir con sus expectativas legítimas).

En el caso de acciones afirmativas en el sector privado, éstas no se encuentran limitadas por la Constitución Federal ni por las constituciones de los Estados. Consecuentemente, solo se encuentran limitadas por las normas legales que prohíben la discriminación en el empleo. En general, la estructura de limitaciones en materia de acciones afirmativas por parte de empleadores privados, sigue el espejo de las limitaciones para el sector público. Algunos casos significativos juzgados por los tribunales, en este sector, indican sin embargo que la justificación para acciones positivas ha sido valorada de manera más generosa que como ha sido su constante en el sector público (Ej. Johnson versus Transportation Agency of Santa Clara Co.,480 U.S. 616 (1987).

Finalmente, en el caso de Chile, se citan como fueros de protección positiva, los que protegen a los padres en caso de muerte de los hijos, a las mujeres embarazadas, así como a los dirigentes de organizaciones sindicales y de grupos negociadores durante procesos de negociación colectiva, además de los integrantes de comités paritarios de higiene y seguridad.

El Informe chileno nos recuerda un dato que en realidad está presente en prácticamente todos los países, como es la existencia de fueros de protección sindical, cuyo origen debemos encontrarlos en los Convenios No. 87, 98 y 135 de la O.I.T. No se menciona la existencia de este tipo de fueros en el caso de los Estados Unidos, país que además no ha ratificado los principales convenios de O.I.T.

11. Consecuencias y sanciones por la discriminación en el acceso al empleo, durante el empleo y con ocasión de la terminación del empleo.

En relación con las consecuencias que se derivan de la existencia de una discriminación en el empleo, *lato sensu*, el Informe de Argentina nos plantea una interrogante que merece toda la atención. Nos referimos a si desde el punto de vista del mandato constitucional, que ordena proteger a los trabajadores contra el despido arbitrario, ante la evidencia de un “despido discriminatorio”, cabe ordenar la reincorporación o es suficiente el pago de una indemnización tarifada, conforme con las normas laborales comunes. De acuerdo al relator argentino algunos fallos han empezado en su país a interpretar de manera amplia el concepto de “despido discriminatorio, imponiendo la reincorporación en su puesto del trabajador así despedido. A este respecto, el mismo informe nos indica que recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha puesto fin a una controversia doctrinaria y jurisprudencial sobre si la Ley 23.592 resultaba aplicable o no a las relaciones laborales privadas, resolviendo que sí y que la disposición de la misma en cuanto prevé la posibilidad de “dejar sin efecto el acto discriminatorio”, resulta aplicable también en el caso de extinción del contrato de trabajo. Consecuentemente, dispuso la reinstalación en su puesto del trabajador despedido por motivos discriminatorios (en el caso, su actuación como activista gremial).¹² Sobre el tema, agrega el Informe, se puede observar una tendencia jurisprudencial a considerar, por ejemplo, que son despidos discriminatorios casos que nada o poco tienen que ver con ello, como el caso de la reincorporación que se dispuso de un trabajador despedido sin justa causa y cuyo despido supuestamente se produjo por haber declarado como testigo en un juicio de un ex-empleado contra su empleador.¹³ En el caso de Uruguay, donde hasta ahora la jurisprudencia no reconoce el reintegro del trabajador en casos de despidos discriminatorios, salvo que se trate de despido por motivos sindicales, los relatores de ese país, muestran sin embargo una posición contraria a tal línea jurisprudencial. Al respecto manifiestan: *“Entendemos que una adecuada tutela del derecho a no ser discriminado debería implicar algo más que un mero resarcimiento económico. En efecto, si la discriminación afecta la dignidad de las personas¹⁴, es evidente que no basta con una indemnización monetaria para reparar ese acto, sino que es necesario considerarlo nulo y, por tanto, sin efectos. En virtud de lo anterior, entendemos que un desafío importante que tiene la jurisprudencia nacional por delante consiste en avanzar en la posibilidad de*

¹² Ver fallo “ Alvarez c/ Cencosud” al que se hace referencia en el punto 5.

¹³ Cámara Nacional de Apelaciones de Trabajo, Sala IV, Agosto 2009, autos Lezcano, Víctor c/ Ingelplan S.A.

¹⁴ **Ermida Uriarte, O.**, *Protección, igualdad, dignidad y no discriminación*, en “Revista de Derecho Laboral” T. LIV, N° 241, Montevideo 2011, p. 21.

ordenar la reinstalación al empleo en casos de despido discriminatorio, como forma de garantizar el derecho fundamental a la no discriminación”.

Las posiciones de los relatores de Argentina y Uruguay nos enfrentan a uno de los debates más importantes y de mayor actualidad en el tema que aquí se trata. La legislación y la jurisprudencia en el derecho comparado, verbigracia en España, han venido efectivamente separando el despido simplemente improcedente, de aquel que además resulta discriminatorio. A este respecto, la sentencia del Tribunal Constitucional español, No. 135/1990 resolvió *“en los casos en que se alegue que el despido es discriminatorio o lesivo de cualquier otro derecho fundamental del trabajador, la convicción que deben alcanzar y expresar los órganos judiciales es la de que el despido es “absolutamente extraño” al ejercicio de los derechos fundamentales por parte de aquél, teniendo que existir causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable, desde la perspectiva disciplinaria la decisión empresarial y que expliquen por sí mismas el despido, permitiendo eliminar cualquier sospecha o presunción deducible claramente de las circunstancias (STC 104/1987).* Siguiendo esta técnica, indica la misma sentencia, *“el órgano judicial debe considerar probado que los hechos imputados al trabajador, además de tener realidad histórica, fueron en verdad los únicos causantes del despido en la intención del empleador; y el órgano judicial debe calificar dichos hechos como ajenos a todo propósito discriminatorio”.* Lo anterior va ligado al tema de la carga de la prueba, pues *“cuando existan indicios de que ha existido discriminación, corresponde al empresario alcanzar resultado probatorio respecto de la existencia de un marco objetivo y razonable para el despido, ajeno por completo a todo propósito discriminatorio, no se trata tanto de probar un hecho negativo, sino el positivo de que el despido obedece a aquellas causas razonables, con exclusión de la discriminación alegada”.*

La consecuencia del despido discriminatorio, en cuanto violatorio de derechos fundamentales es la radical nulidad del mismo, lo cual debe traer aparejadas las consecuencias típicas de toda nulidad absoluta. La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de 24 de noviembre de 2006, en el caso Aguado Alfaro y otros contra Perú, al examinar un conjunto de despidos en masa, sin seguirse un debido proceso, señala que si bien la jurisprudencia internacional ha establecido reiteradamente que la Sentencia constituye *per se* una forma de reparación, no basta en determinados casos, en que la reparación debe garantizar procedimientos efectivos de acceso a la justicia. A partir de esta idea, bien puede afirmarse que la indemnización no

constituye tampoco la única forma de reparación posible, y que tratándose de la doctrina de reparación integral del daño, solamente con el reintegro del trabajador o trabajadora despedida, es posible esa reparación integral, salvo situaciones de excepción que nunca pueden ser la regla. La doctrina sobre la reparación “*in integrum*”, tiene de hecho una importante línea jurisprudencial en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que por razones lógicas no podemos entrar a detallar en el presente trabajo, pero que se originan en el mismo párrafo primero de la Convención Americana el cual atribuye a la Corte la siguiente potestad a la hora de fallar un asunto:

“Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada (subrayado no es del original)

Como se puede observar, en la Convención Americana, el pago de una indemnización no es la medida más importante que puede tomar la Corte a la hora de determinar la reparación del daño ocasionado.¹⁵

Siguiendo con el contenido de los Informes Nacionales, podemos señalar que en el caso de Costa Rica, el despido discriminatorio da pie a la nulidad del mismo, con lo cual el trabajador damnificado tiene derecho no solo al reintegro a su puesto, sino también al pago de una indemnización que normalmente equivale al pago de los salarios no percibidos durante el tiempo en que holgó en contra de su voluntad. Se consideran despidos discriminatorios, el de la mujer embarazada, el del dirigente sindical o representante de los trabajadores, el de un trabajador discapacitado, o el del menor de dieciocho años, siempre y cuando no se justifique ese despido en una causal válida de terminación de la relación laboral. En algunos casos existe norma expresa que prevé el reintegro del trabajador (caso de la mujer embarazada, del menor despedido por razones disciplinarias). En otros casos, como el del trabajador incapacitado, o en el de los

¹⁵ Para más información sobre la reparación integral del daño en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consultar el artículo de ROUSSET Siri Javier, “El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Revista Internacional de Derechos Humanos, 2011, Año 1, No. 1.

dirigentes sindicales y representantes de los trabajadores, se trata de una interpretación que surge de la jurisprudencia constitucional y de los tribunales comunes.¹⁶ También se consideran despidos discriminatorios, en razón de lo dispuesto en el Título XI del Código de Trabajo, los despidos fundados en criterios de edad, etnia, género o religión, situaciones en las cuales se prevé el reintegro al puesto, con una indemnización equivalente a doce veces el salario mínimo legal correspondiente al puesto de los trabajadores en el momento del fallo.

El tema que venimos tratando también lo plantea en su Informe el relator de Ecuador pero desde el punto de vista de la conveniencia de que en su país se reformara el Código de Trabajo, incorporando la figura de la nulidad de todo despido discriminatorio, tal como existe en otros ordenamientos jurídicos.

En el caso de Chile, pareciera que la ley establece una posibilidad clara de protección, frente a medidas discriminatorias, cuando el Informe señala que *“El Tribunal declarará si ha existido o no discriminación arbitraria y, en el primer caso, dejará sin efecto el acto discriminatorio, dispondrán que no sea reiterado u ordenará que se realice el acto omitido, fijando, en el último caso, un plazo perentorio prudencial para cumplir con lo dispuesto”*.

En los Estados Unidos, nos indica su relator, los demandantes pueden ser colocados en la posición no alcanzada, si no fueron empleados al inicio, o reinstalados si habían sido despedidos de manera impropia. Solamente si la reinstalación no fuera práctica, pueden optar por una indemnización denominada “front pay”, que equivale al valor dejado de percibir hacia futuro por el empleo perdido.

También contempla la legislación de este país el pago de una indemnización, conocida como “back pay” por el tiempo de vigencia de la discriminación ilegal, hasta que se dé un fallo favorable. Complementariamente se pueden solicitar daños compensatorios, por sufrimiento emocional, inconvenientes mentales, angustia, pérdida de satisfacción por la vida y otras pérdidas no pecuniarias. Igualmente, la víctima puede solicitar el pago de daños penales, si demuestra que la parte demandada actuó con malicia o con manifiesta indiferencia. Como dato adicional, en casos de “class actions”¹⁷ (acciones de clase), las

¹⁶ Puede consultarse al respecto el voto No. 5000 del año 1993 de la Sala Constitucional de Costa Rica, sobre despidos de representantes de los trabajadores,

¹⁷ La llamada “class action” es un medio por el cual, tratándose de un grupo grande de personas interesadas en un mismo asunto, una o más de esas personas demandan en representación del grupo, sin necesidad de que la demanda la presenten todos los miembros del mismo. Este procedimiento es posible en las cortes federales y en la mayoría de cortes estatales (“Blac’s Law Dictionary”).

Cortes pueden ordenar la extensión por muchos años, de remedios afirmativos contra la discriminación para personas que no hayan sido accionantes en el proceso, como por ejemplo la orden de emplear cierto número de mujeres hacia el futuro.

Ahora bien, la figura del despido discriminatorio, tal como se ha planteado líneas atrás, como uno de las formas de discriminación más graves que pueden existir, no requeriría en realidad – como no ha sido necesario en varios países de la región-, un mandato legal que expresamente contemple el despido nulo y la reincorporación consecuente del trabajador afectado. En realidad, la nulidad del despido deriva de una violación sustancial al debido proceso que es núcleo esencial de todos los textos constitucionales, así como deriva también del principio universal de la reparación integral del daño, como obligación de los Estados modernos frente a toda víctima.

Aparte de lo que se lleva expuesto, los Informes nacionales dan cuenta de la existencia de sanciones con las cuales se castiga al infractor de discriminación en el empleo, mencionándose también leyes especiales que contemplan sanciones para determinadas formas de discriminación. Así, establecen sanciones por acoso sexual: Venezuela, Costa Rica, Argentina, México, Uruguay y Chile.

En Venezuela, el artículo 21 de la Ley Orgánica del Trabajo prohíbe cualquier tipo de discriminación y además de considerar írritos los actos discriminatorios, prevé que se establezcan penas a los infractores. De igual manera, los artículos 164 y 165, respectivamente, consideran el acoso u hostigamiento laboral, y al acoso sexual, como formas de discriminación, previendo también sanciones para los infractores, que consiste en una multa, sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que tenga derecho el trabajador o trabajadora.

En el caso chileno, en el tema de acceso al empleo deben operar las normas generales, contenidas en la reciente Ley No. 20609, que establecen medidas contra la discriminación. La sanción contemplada es una multa que puede variar entre 5 a 50 unidades tributarias mensuales. Durante el empleo y con ocasión de la terminación del contrato de trabajo, existe la posibilidad de aplicar multas dentro del rango de 50 a 100 unidades tributarias mensuales, y la obligación de indemnizar al trabajador con un monto que puede oscilar entre 6 y 11 remuneraciones mensuales, a título de sanción, y sin perjuicio de las indemnizaciones por término de contrato a que tenga derecho.

En el caso colombiano, es de destacar que la Ley No. 1482 de 2011, la cual modificó el Código Penal, conocida como Ley de “antidiscriminación”, expresamente dispuso en el

artículo 134 A, que aquel que cometa actos de racismo o discriminación que arbitrariamente impida, obstruyan o restrinjan el pleno ejercicio de los derechos de las personas por razón de su raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual, se le impondrá prisión de doce a treinta y seis meses y multa de diez a quince salarios mínimos legales mensuales. Esta pena tiene una circunstancia de agravación punitiva que la aumentará de una tercera parte a la mitad, conforme al artículo 134 C, de la misma Ley, numeral sexto, cuando la conducta esté orientada a negar o restringir derechos laborales.

Por su parte, la Ley No. 1496 de 2011, por medio de la cual se garantiza la igualdad salarial y de retribución salarial entre mujeres y hombres, expresa en el artículo cuarto, párrafo tercero, que el incumplimiento a la implementación de los criterios establecidos en el decreto reglamentario por parte del empleador, dará lugar a multas de cincuenta hasta quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En México se impone multa de 250 a 5000 veces el salario mínimo general, al patrón que cometa cualquier acto o conducta discriminatoria en el centro de trabajo, al que realice actos de hostigamiento sexual o que tolere o permita actos de acoso u hostigamiento sexual en contra de sus trabajadores (Art. 994, fracción VI Ley Federal del Trabajo).

En el caso de Ecuador, según su relator, la legislación no contempla sanciones relacionadas de manera específica con motivos de discriminación, y en el caso del despido no hace una diferenciación en cuanto a los motivos del mismo. Existe un sistema tarifado de indemnizaciones que supone el resarcimiento del daño ocasionado, sin considerar para nada si hubo discriminación o alguna vulneración de derechos fundamentales. Por vía de tutela constitucional, sería posible- indica el Informe ecuatoriano-el cese de actos discriminatorios durante la etapa del empleo y hasta el reintegro del trabajador a su puesto de trabajo, pero no hay experiencias en que se haya obligado a un empleador público o privado a dar acceso a un trabajador que haya sido víctima de algún tipo de discriminación.

Tratándose de Uruguay, nos señala su informe, que no existe en ese país, una norma que establezca con carácter general una sanción para las situaciones en que se verifiquen casos de discriminación en el acceso al empleo, durante el empleo o con ocasión de la terminación del mismo. No obstante, en los casos en que se ventilan situación de discriminación en el ámbito laboral, las sanciones que habitualmente aplica la jurisprudencia consisten en la condena al pago de daño moral o por “despido abusivo”. Introduce aquí un concepto el Informe uruguayo, que como en el caso del “despido discriminatorio”, permite hacer una matización sobre los motivos del despido y una

consecuencia especial a partir de ese uso de la figura del despido. Nos dice el relator de Uruguay que no existe unanimidad doctrinaria sobre la conveniencia de denominar despido abusivo a aquellas situaciones en las que existe un especial daño como consecuencia del acto del despido. Quienes sostienen que existe un derecho a despedir por parte del empleador lo denominan de esta manera, entendiendo que se está abusando de un derecho. Por su parte, quienes opinan que no existe tal derecho, lo denominan “despido especialmente injustificado”. Según los relatores uruguayos, es frecuente que ante situaciones discriminatorias que ocasionan la finalización del vínculo laboral, los infractores sean condenados al pago de un daño moral, adicional a la indemnización por despido común. De esta manera, la jurisprudencia uruguaya en posición ampliamente mayoritaria sostiene que tratándose de despidos discriminatorios, éstos no dan lugar a la reinstalación, salvo el caso de la Ley 17940, que prevista para casos de antisindicalidad.

Existen pues en Uruguay leyes especiales para situaciones específicas de discriminación, como es el caso de la Ley No. 17940, sobre actos discriminatorios por motivos sindicales, la cual prevé la reinstalación en caso de despido, o la reposición a la situación anterior, en caso de que el acto discriminatorio consistiese en algo diferente al despido. También contempla el derecho del trabajador al pago de los salarios que hubiera dejado de percibir mientras dure el proceso de reinstalación (salarios caídos). La ley No. 18561, permite a la víctima de acoso sexual, reclamar al responsable directo una indemnización de daño moral que equivaldrá como mínimo a seis mensualidades. Si el acoso sexual hubiera dado lugar a que la víctima se considerara indirectamente despedida, la indemnización será tarifada en seis mensualidades y se deberá agregar a la indemnización por despido común. También existen sanciones administrativas, pecuniarias o de la naturaleza que correspondan, según Ley No. 18868, cuando se exijan test de embarazo, certificación médica o declaración jurada de ausencia de embarazo, en el ingreso al empleo.

En Argentina, la Ley No. 23592, no solo prevé que se obligue a quien discrimina a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización, sino que también deberá “*reparar el daño moral y material ocasionados*”. Por su parte, las disposiciones del Pacto Federal del Trabajo, contemplan la aplicación de multas y clausura del establecimiento para aquellos empleadores que incurran en discriminación.

Finalmente, en el caso de Panamá, se aplican multas, por parte de autoridades administrativas o judiciales, así como también se puede ordenar judicialmente el cumplimiento de las conductas omitidas.

12. Condenatorias por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Resulta de interés, para los efectos de este trabajo, determinar si la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado mediante sentencias condenatorias, con respecto a temas de discriminación en el empleo.

Dentro del contexto, seguramente el caso más importante se refiere a Panamá, y a la sentencia dictada en el proceso conocido como Ricardo Baena y otros contra Panamá, dictada el 2 de febrero de 2001. Sobre este caso, los mismos relatores panameños nos dan la siguiente explicación. El Estado panameño fue condenado a pagar indemnización a 270 víctimas (ex-servidores públicos) dentro del proceso Ricardo Baena y otros -VS- Panamá, por violación del derecho a la no discriminación consagrado en el artículo 2-1 de la Convención Americana de Derecho Humanos, en relación con el derecho al beneficio del principio de legalidad y de inactividad consagrado en el artículo 9 de dicha Convención, así como las garantías judiciales y protección judicial (artículo 8.1, 8.2 y 25) y el derecho de reunión (artículo 15).

Según el Informe de Panamá , *“en octubre de 1990, los servidores públicos organizados del país, decretaron una huelga nacional de dos días y una marcha a la presidencia pero al final del primer día, un coronel de las antiguas fuerzas de defensas, recluido desde la invasión militar de Estado Unidos de diciembre de 1989, se escapó históricamente, de la isla donde estaba prisionero y aunque el día siguiente fue recapturado por el ejército de Estados Unidos, convocado por el gobierno nacional para tal fin, se acusó a los huelguistas de sedición, vinculándolos al “intento de golpe de Estado” que según las autoridades significaba la escapatoria del militar. A partir de esas convicciones, se dictó la Ley 25 de 14 de diciembre de 1990, la que autoriza la destitución de todos los participantes de la convocatoria a huelga, con carácter retroactivo. Ello produjo el despido de más de mil trabajadores del sector público, quienes recurrieron en la jurisdicción nacional de la Comisión Internacional de Derechos Humanos, con el resultado descrito. El Estado panameño terminó de cumplir con el contenido de la sentencia en el año 2010, a los que hubo que pagarle más de 54 millones de dólares”.*

En el caso de Colombia, si bien no se informa de ninguna condenatoria expresa por discriminación laboral (aunque sí hay condenadas por desaparición forzosa y masacres relacionadas con la violencia interna), su relator hace referencia a una visita *in loco* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre el 3 y el 7 de diciembre de 2012, la cual dio pie a un pronunciamiento de dicha Comisión, el cual transcribe parcialmente el Informe de este país, y que en lo de interés indica:

“La invisibilidad de las personas afrodescendientes en la agenda oficial.-La Comisión nota con satisfacción que durante la visita, las autoridades estatales reconocieron a las personas afrodescendientes como un grupo en situación de vulnerabilidad e hicieron referencia a una serie de planes, programas y políticas públicas que incluirían un enfoque diferencial respecto de estas comunidades. Sin embargo, la Comisión observa con preocupación que, en base a la información recibida, estas políticas no habrían sido implementadas de manera significativa, y que la población afro descendiente en Colombia todavía vive en una situación de extrema desigualdad e invisibilidad y repetidamente enfrenta violaciones a sus derechos fundamentales a la dignidad, propiedad, no discriminación, e incluso el derecho a la vida.”

“...La Comisión nota que si bien Colombia ha experimentado un sólido desarrollo económico en los últimos años, no ha habido una mejora concomitante en la vida de los afro descendientes, quienes continúan siendo privados de iguales oportunidades en áreas tales como trabajo...”

“La discriminación contra personas LGBTI. -La CIDH recibió durante su visita información sobre la situación de los derechos humanos de las lesbianas, los gays y las personas trans, bisexuales e intersex (LGBTI) en Colombia.”

“...se informó sobre la existencia de leyes y de sentencias de la Corte Constitucional de Colombia que, en principio, permiten al Estado asegurar un comportamiento no discriminatorio por parte de las autoridades, pero que estas leyes y sentencias no están siendo cumplidas en forma consistente por las diferentes agencias públicas, en especial a nivel local...”

En el caso de Costa Rica, si bien no estamos ante un fallo que impacte directamente la materia laboral, el Informe hace cita un precedente relacionado de manera general con el principio de no discriminación. Se trata del caso “*Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”)*”, cuya sentencia es de 28 de noviembre de 2012. En este caso, la Corte

Interamericana de Derechos Humanos condenó a Costa Rica, entre otras cosas, por haber propiciado la discriminación por discapacidad, salud y condición económica, en virtud de que por una sentencia de la Sala Constitucional anuló un reglamento que regulaba en el país la técnica de fertilización asistida, lo que le ha impedido, a una serie de parejas con infertilidad, procrear. Según informa el relator de este país, dado lo reciente de la sentencia aún no se puede hacer un balance adecuado del cumplimiento del fallo; sin embargo el Estado ya giró las indemnizaciones pecuniarias definidas para cada uno de los demandantes y está en proceso de confeccionar un proyecto de Ley para instalar nuevamente ese tipo de técnica.

Tratándose de Ecuador, no existe en realidad condena de la Corte IDH por violaciones al principio de no discriminación, sin embargo en Junio del 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó una sentencia mediante la cual declaró por unanimidad que el estado del Ecuador es responsable por la violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural en perjuicio del pueblo indígena Kichwa de Sarayacu, por haber permitido que una empresa petrolera privada realizara actividades de exploración petrolera en su territorio, desde finales de la década de los años noventa, sin haberle consultado previamente. Si bien este no es un caso de violación de derechos laborales, dado que la población indígena suele ser un grupo discriminado también laboralmente en varios países del área, nos ha parecido importante reseñar este aspecto del Informe de Ecuador.

Finalmente, nos ha parecido conveniente mencionar, la sentencia de 24 de noviembre de 2006, en el caso Aguado Alfaro y otros contra Perú, por el despido de un grupo de 257 trabajadores cesados del Congreso Nacional, quienes formaron parte de un grupo de 1117 trabajadores que en total se despidieron de esa institución. La sentencia consideró que los trabajadores despedidos no tuvieron acceso a un recurso sencillo, rápido y eficaz, en los términos del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos para impugnar sus despedidos, por lo que ordena al Estado peruano, garantizar a las víctimas el acceso a un recurso de esa naturaleza, para lo cual deberá constituir a la mayor brevedad un órgano independiente e imparcial que cuente con facultades para decidir en forma vinculante y definitiva si esas personas fueron cesadas regular y justificadamente. Además, condena a Perú, al pago de un indemnización pecuniaria individualizada, allí establecida. A este voto nos referimos antes, por otras implicaciones que tiene con el tema del presente trabajo.

13. Retos y problemas pendientes en los distintos países en relación con la discriminación en el empleo.

A juicio de los relatores nacionales, existen en este momento temas pendientes y capítulos no cerrados en cuanto a la protección de la discriminación en el empleo en sus respectivos países.

En el caso de Ecuador, el Informe plantea que en el ámbito privado es importante alcanzar una mayor aplicación práctica del principio de no discriminación en razón de la actividad sindical en general, y en razón del embarazo, en los casos particulares de las mujeres trabajadoras. Por otro lado en el ámbito público es necesario enfrentar la discriminación en el empleo en razón de la edad.

Nos plantea el relator de Ecuador que sobre las cuestiones pendientes en el ordenamiento de su país, cabrían dos reflexiones. Una referida a las situaciones que quedan fuera de la actual regulación, y la otra que trata de la eficacia de las disposiciones normativas que están en la Constitución y en el Código del Trabajo. Desde nuestro punto de vista, es esa una perspectiva bifronte que cabe hacer en todos los ordenamientos y no solo en el ecuatoriano.

Continuando con su análisis, plantea el Informe de Ecuador, que si por lo general las regulaciones actuales privilegian la no discriminación en el acceso al empleo o en la forma unilateral de terminación de la relación laboral, es evidente que falta una mayor regulación de las acciones discriminatorias que se ejecutan por parte del empleador durante el empleo y que adquieren la forma de acoso u hostigamiento laboral. Este sería el caso de situaciones que en la práctica están fuera de la actual regulación, y sin embargo, se podría decir que no sería difícil desarrollar un conjunto de normas al respecto, ya que la Constitución contempla con categoría de principio abierto, universal y de amplia indeterminación, el derecho que tiene toda persona a desarrollar sus labores en un ambiente adecuado y propicio, que garantice su salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar. Finalmente, desde el punto de vista de la eficacia normativa, según ya se ha señalado antes, el Informe de Ecuador plantea la conveniencia de reformar el Código del Trabajo, incorporando la figura de nulidad de todo despido discriminatorio.

Un caso de suyo interesante por su posibilidad de traslación a otros países, lo plantea Costa Rica, con la forma en que su legislación regula el principio de igualdad salarial. En

este sentido, el artículo 57 de la Constitución Política señala que *“El salario será siempre igual para trabajo igual en idénticas condiciones de eficiencia”*. Por su parte, el artículo 167 del Código de Trabajo contiene una norma con la misma restricción. A este respecto, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T., en su Informe para la 101ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, a celebrarse en el año 2012, refiriéndose a la aplicación del Convenio No. 100, hizo la siguiente observación: *“La Comisión se refiere desde hace años al artículo 57 de la Constitución Nacional que establece que el salario “será siempre igual para trabajo igual en idénticas condiciones de eficiencia” y el artículo 167 del Código de Trabajo que dispone que “para fijar el importe del salario en cada clase de trabajo se tendrán en cuenta la cantidad y calidad del mismo. A trabajo igual, desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia iguales, corresponde salario igual...” La Comisión recuerda que dichas disposiciones no dan plena expresión al principio de igualdad de remuneración por trabajo de igual valor, establecido en el Convenio. La Comisión recuerda que el concepto de “trabajo de igual valor” incluye pero va más allá de la remuneración por un trabajo “igual”, el “mismo” o “similar”, no requiere que el trabajo sea realizado en las mismas condiciones o eficacia y también engloba trabajos que son de una naturaleza absolutamente diferente, pero que, sin embargo, son de igual valor”*.

Podemos afirmar entonces que dentro de las tareas pendientes en la legislación costarricense, y seguramente en otros ordenamientos jurídicos del área también, está la de modificar los términos del principio de igualdad salarial, para cambiar la versión formalista que históricamente ha tenido dicho principio en muchos países, para convertirlo en un principio real y efectivo, acorde con los convenios de la Organización Internacional del Trabajo. Ahora bien, de acuerdo con el Informe del relator costarricense, este no es el único reto de su país en la materia. Los datos estadísticos revelan que se debe reforzar los esfuerzos que se vienen emprendiendo a nivel nacional para erradicar la discriminación por razones de género especialmente, dado el alto número de personas que sufren esa violación del derecho de igualdad, sobre todo en el acceso a un empleo digno y equitativamente remunerado. En cuando al listado de motivos de discriminación que contiene el Código de Trabajo - lo que no impide, impugnar las conductas patronales por otros motivos, en aplicación de principios generales-, parecería conveniente tipificar adecuadamente otras causales, tales como opinión política, nacionalidad y origen social, sobre todo por el impacto que esas otras formas de discriminación tienen en un país de características multiculturales, que recibe a tanta población migrante que se inserta en el

mercado de trabajo. Finalmente, señala este Informe la necesidad de reforzar el apartado que regula la prohibición de discriminar, estableciendo las consecuencias concretas para la persona empleadora que establezca diferencias injustificadas en las etapas de contratación y ejecución del vínculo laboral, y no sólo regular el hecho del despido. Incluso se podrían establecer sanciones a nivel tributario, administrativo, y penal, que vengan a desestimular el uso de ese tipo de prácticas nocivas, de modo que el problema no se aborde exclusivamente desde el conflicto individual que se suscita entre la persona empleadora y la persona trabajadora. La discriminación repercute en toda la sociedad y en consecuencia, ésta, como un todo, debe responder desde sus distintos ámbitos para erradicar esa patología.

En cuanto a los Estados Unidos, el Informe cita una reciente declaración de uno de los Comisionados de la Comisión por Igual Oportunidad en el Empleo (Equal Employment Opportunity Commission), según la cual, la legislación federal no provee en este momento igual protección para la población de trabajadores lésbica, gay, bisexual o transexual. También se cita como un problema más bien procesal, el hecho de que las Cortes hayan limitado en este campo el acceso a las llamadas “class action”, con lo cual las demandas se reducen a grupos más pequeños. También se cita como un problema procesal, la introducción de cláusulas arbitrales en los acuerdos de empleo, por parte de los empleadores, para regular temas sobre discriminación en el empleo, con lo cual se logra reducir los tipos de demandas que pueden ser llevados a los tribunales, incluyendo la posibilidad de recurrir a las llamadas “class actions” o acciones colectivas. Finalmente, como problemas pendientes de solución, cita el Informe el hecho de que en los Estados Unidos exista una legislación muy débil en materia de licencias con goce o sin goce de salario, lo cual a juicio del relator es una limitación para el trabajo de las mujeres y de las personas con discapacidades, quienes desean mantenerse laborando en las empresas.

En el caso de México, la relatora de este país señala que, por principio de cuentas es imprescindible el desarrollo legislativo, puesto que a pesar de existir en términos generales disposiciones en favor del derecho a la no discriminación, no se han desarrollado medios de tutela judicial efectiva, por los que se pueda sancionar a los empleadores. En tal sentido, el principal problema de ese país es el de la tutela judicial efectiva del principio de no discriminación. En segundo término es necesaria la divulgación del tema, en el ánimo de concientizar a la población en general sobre el mismo, y por supuesto, la jurisprudencia puede llegar a jugar un rol importante en esta labor.

Tratándose de Panamá, según el Informe de sus dos relatores, el principal problema que enfrenta su país, es la vigencia y aplicación de conceptos neoliberales de flexibilización laboral, lo cual determina la proliferación de contratos atípicos, la reducción del tamaño de las empresas y la tercerización. A lo anterior se suma la gran cantidad de contratos de obra determinada o por tiempo definido. Además, tratándose de los servidores públicos, se enfrenta una situación especial, toda vez que ellos están excluidos por definición legal (artículo 2 del Código de Trabajo) de la aplicación de la regulación y protecciones laborales. En concreto, esto determina la falta de garantías sobre salarios mínimos, jornadas de trabajo, derechos colectivos, etc.

En lo que se refiere a Colombia, el relator de este país considera que en el país se ha avanzado significativamente en materia de discriminación laboral, para lo cual pone de ejemplo la ley No. 1010 del año 2006, la cual expresamente define en el artículo segundo las modalidades de acoso laboral. Según el artículo dos de esta ley, se define como *“discriminación laboral: todo trato diferenciado por razones de raza, género, origen familiar o nacional, credo religioso, preferencia política o situación social o que carezca de toda razonabilidad desde el punto de vista laboral”*. En cuanto al acceso al empleo, destaca el Informe de Colombia que el reto más importante de este país, no es jurídico, sino de crecimiento económico.

Para los relatores venezolanos, el reto más importante que debe superar ese país en materia de discriminación laboral, es la que tiene su origen en la discriminación política. Según el Informe, el país se encuentra dividido entre afectos al régimen y opositores al mismo, con el agravante de que a estos últimos se les discrimina en el acceso al empleo y aún en el acceso a ciertos servicios públicos.

En opinión de la relatora de Chile, el modelo de su país de no discriminación contempla una adecuada regulación, de modo que el verdadero reto se encuentra a nivel jurisdiccional, en tanto los casos que llegan a conocimiento de los tribunales de justicia, sean estos civiles (por situaciones ocurridas en el acceso al empleo) o laborales (por casos que afectan a trabajadores ya contratados laboralmente), son de escasa ocurrencia. La baja tasa de desempleo que tiene el país, debería contribuir a menores condiciones propicias para la discriminación.

En cuanto al Informe de Argentina, el relator de este país nos presenta un conjunto de retos esquematizados.

Así, en primer término, incluye dentro de la lista de dichos retos del ordenamiento de Argentina lo relativo a la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo. Al respecto se cita el Informe titulado “Estado actual del Sistema de Relaciones Laborales en la Argentina”, del año 2008, cuya autoría corresponde a un Grupo de Expertos en Relaciones Laborales, donde ya se señalaba la necesidad de revisar lo concerniente a la responsabilidad precontractual frente a la carencia de normas específicas al respecto en el ordenamiento legal y se hacía referencia a las “declaraciones juradas” que imponen en muchos casos las solicitudes de empleo, a los interrogatorios que se realizan poniendo en riesgo derechos personales y personalísimos de los trabajadores y la disponibilidad de sus derechos sociales. Como consecuencia de ello, la Comisión de Expertos ha recomendado específicamente que se diseñe un sistema de responsabilidad precontractual que preserve al aspirante al empleo de las prácticas discriminatorias, las exigencias que violen la intimidad o los derechos personalísimos del trabajador, y la paulatina implementación de condiciones igualitarias para el acceso al empleo, aspectos estos sobre los cuales no se ha avanzado.

En segundo lugar, enlista el Informe del relator argentino, la promoción de la negociación colectiva sobre temas de discriminación, lo cual considera sigue siendo una deuda. Sobre este particular, vuelve a citar el criterio del Grupo de Expertos que se pronunció en el año 2008, quienes al referirse a la materia de igualdad y no discriminación indicaban: *“hay un notorio déficit de tratamiento en los convenios colectivos. Hay que promocionar la inclusión de normas sobre igualdad en los instrumentos convencionales, cuya utilidad sería inapreciable en la lucha contra la discriminación ...”*.

Igualmente se incluye entre el grupo de temas pendientes en Argentina, la necesidad de revisión integral en lo relativo a la protección contra el despido arbitrario. A este respecto, vuelve a cuestionarse el sistema de indemnizaciones tarifadas, versus el derecho a una reincorporación, tema que ya se trató anteriormente en este documento.¹⁸

Finalmente incluye el relator argentino, el tema de discriminación en el trabajo infantil, al señalar *“la necesidad de afinar los criterios de autorización (por la autoridad competente de cada jurisdicción) y de inspección (por parte de inspectores debidamente capacitados) para evitar que en los procesos de selección para trabajos artísticos se incurra en conductas discriminatorias que, por sus características, pueden llegar a ser altamente perjudiciales para los niños involucrados”*.

¹⁸ Ver fallo citado en la nota anterior.

En cuanto al Informe de Uruguay, señalan sus relatores que el primer desafío planteado al país, se da en relación con la poca aplicación por parte de la jurisprudencia, de los instrumentos internacionales que reconocen el principio de no discriminación como un derecho fundamental. Se trata de una situación que está cambiando ligeramente, pero que aún no ha avanzado lo suficiente. También indican los relatores de este país que es necesario replantearse en Uruguay los mecanismos de tutela que se aplican frente a las conductas violatorias. Las sanciones que los jueces acostumbran aplicar en caso de constatar una conducta discriminatoria supone, en la amplia mayoría de los casos, la condena del pago de una indemnización económica, únicamente, tesis con la cual, según ya se expuso líneas atrás, los relatores no están de acuerdo.

Por último, para el Informe uruguayo puede considerarse pendiente en materia de no discriminación, la aprobación por una norma legal, del Convenio Internacional del Trabajo Nº 158. En su artículo 4, dicho convenio establece que no se puede dar por finalizada una relación laboral sin una justa causa que lo amerite. A su vez, el art. 5 aclara que no pueden ser consideradas justas causas de despido la raza, el color, el sexo, el estado civil, el embarazo y otros motivos, típicamente considerados discriminatorios. La ratificación de este Convenio significaría, sin dudas, una herramienta de peso a la hora de analizar los motivos de los despidos y detectar eventuales causales de discriminación en los mismos.

San José, julio de 2013.