

## DOCTRINA

### PROTECCIÓN, IGUALDAD, DIGNIDAD, LIBERTAD Y NO DISCRIMINACIÓN

por

OSCAR ERMIDA URIARTE<sup>1</sup>

#### Sumario:

Introducción. I. Los valores y principios fundamentales. 1. Igualdad. 2. Protección. 3. Dignidad. 4. Libertad. 5. Breve resumen parcial. II. El principio de no discriminación en el trabajo. 1. Igualdad y no discriminación; 2. Discriminación en el trabajo. 3. Causas no justificadas de trato diferente. 4. Momento, ocasión u oportunidad. 5. Discriminación y desigualdad no discriminatoria: la evaluación del acto o conducta aparentemente discriminatoria. 6. Reacción del ordenamiento jurídico ante la discriminación en el trabajo. Conclusiones.

#### INTRODUCCIÓN

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

En todo caso, hay un punto de partida: la relación de trabajo es una relación de poder entre desiguales, en la que hay una parte fuerte y otra débil.

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho del trabajo y de la Seguridad social, Facultad de Derecho, Universidad de la República.

Por tanto, es un campo fértil para la discriminación. Discrimina quien puede y no quien quiere y el empleador tiene el poder para hacerlo. Entonces es natural que el Derecho laboral prohíba la discriminación, que agrade o contradice principios fundamentales, como los de igualdad, protección del más débil y el de dignidad de la persona humana. Así, la no discriminación es, sin duda, uno de los mandamientos o principios del Derecho del trabajo.

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

## I. LOS VALORES Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

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

### 1. Igualdad

A veces se sostiene que el principio de igualdad no es exclusivo del Derecho laboral o que no es uno de los principios de nuestra disciplina<sup>2</sup>. Sin embargo, parece que en verdad, la igualdad es el valor inicial que da fundamento a todo el Derecho del trabajo y al resto de sus principios.

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

El Derecho del trabajo no es un ordenamiento jurídico igual para todos, sino desigualador o compensatorio. En efecto, la igualdad del Derecho social es diferente a la igualdad del Derecho privado clásico, que “candorosamente”<sup>3</sup> parte de la suposición de que todos somos iguales. En efecto,

<sup>2</sup> PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del Derecho del trabajo*, 3ª. ed., Buenos Aires 1998, págs. 409 y sigs.

<sup>3</sup> BARBAGELATA, Anibal Luis, *La democracia*, Montevideo 1983, pág. 39. El autor se

el Derecho civil tradicional supone esa igualdad, y por tanto se abstiene. El Derecho laboral, en cambio, constata una desigualdad e intenta corregirla.

Por tanto, la igualdad del Derecho del trabajo –y del Derecho social en general– es la igualdad material, igualdad compensatoria o “igualación”<sup>4</sup>. *Todo el Derecho laboral es una consagración o aplicación del principio de desigualdad compensatoria o igualación*. Más aún: esta clase de igualdad es la gran innovación del Derecho del trabajo: la igualdad como objetivo o meta y no solo como supuesto o punto de partida<sup>5</sup>.

Y por eso el Derecho del trabajo es protector.

## 2 El principio protector

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

Por una parte, parece claro que el de protección es el principio básico o central del Derecho del trabajo. El Derecho laboral es protector o carece de razón de ser. Tanto que es posible sostener que los demás principios del Derecho laboral (como los de primado de la realidad, irrenunciabilidad y continuidad) pueden reconducirse al principio de protección, deducirse de él<sup>6</sup>.

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

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

<sup>4</sup> ROSENBAUM, Jorge, *Los problemas actuales de la justicia del trabajo en América Latina*, en revista *Derecho Laboral* t. XXXVI Nro. 169, Montevideo 1993, pág. 120.

<sup>5</sup> RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del Derecho*, México 1951, pág. 152, cit. por BARBAGELATA, Héctor-Hugo, *El particularismo del Derecho del trabajo y los derechos humanos laborales*, Montevideo 2009, pág. 20.

<sup>6</sup> Ackerman sostiene que si “algún principio debe existir” ese no podría ser otro que el de protección. *Tratado de Derecho del trabajo* (Dir.: ACKERMAN, Mario; Coord.: TOSCA, Diego), Buenos Aires 2005, t. I, pág. 314 y nota 33).

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

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

### 3. La dignidad de la persona humana

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

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

Trátase, según ha expresado el Tribunal Constitucional español, de un derecho que merece toda persona por el solo hecho de serlo; es el resultado de todo ser humano y su *derecho a vivir una vida digna*. Incluye, además, el derecho a condiciones mínimas de existencia que deben ser aseguradas por el Estado y por el orden económico<sup>7</sup>. Y en el mundo del trabajo, el derecho a tener una vida digna depende del hecho de poseer un trabajo decente.

Pero además, la dignidad es hoy un valor muy próximo al principio de igualdad<sup>8</sup>. Hoy *no hay dignidad sin igualdad*. En efecto, si todos somos iguales, todos debemos gozar de los derechos esenciales a la dignidad.

<sup>7</sup> FURTADO, Emmanuel, *Preconceito no trabalho e a discriminação por gênero*, São Paulo 2004, págs. 164 y 120.

<sup>8</sup> “*Vida digna es trabajo decente*”, rezaba un cartel en el auditorio Marcelino de Comisiones Obreras (CCOO) observado en Madrid en enero de 2010.

<sup>9</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes, *Direito constitucional*, 6ª. ed., Coimbra 2003, págs. 363 y MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito constitucional*, 3ª. ed., Coimbra 2002, págs. 183, ambos citados por ALVES LIMA, Firmínio, *Assédio sexual e o meio ambiente de trabalho*, en Revista da AMATRA XV, Campinas 2010.



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

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

### 3. La dignidad de la persona humana

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

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

Trátase, según ha expresado el Tribunal Constitucional español, de la estima que merece toda persona por el solo hecho de serlo; es el respeto debido a todo ser humano y su *derecho a vivir una vida digna*. Incluye, por tanto, el derecho a condiciones mínimas de existencia que deben ser aseguradas por el Estado y por el orden económico. Y en el mundo del trabajo, el derecho a tener una vida digna depende del hecho de poseer un trabajo decente o digno<sup>8</sup>.

Pero además, la dignidad es hoy un valor muy próximo al de igualdad<sup>9</sup>. Hoy *no hay dignidad sin igualdad*. En efecto, si todos somos iguales, todos debemos gozar de los derechos esenciales a la dignidad. Así,

<sup>7</sup> FURTADO, Emmanuel, *Preconceito no trabalho e a discriminação por idade*, Sao Paulo 2004, págs. 164 y 120.

<sup>8</sup> "Vida digna es trabajo decente", rezaba un cartel en el auditorio Marcelino Camacho de Comisiones Obreras (CCOO) observado en Madrid en enero de 2010.

<sup>9</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes, *Direito constitucional*, 6ª ed., Coimbra 1993, p. 363 y MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito constitucional*, 3ª ed., Coimbra 2000, t. 4, p. 183, ambos citados por ALVES LIMA, Firmino, *Assédio sexual e o meio ambiente de trabalho*, en Revista da AMATRA XV, Campinas 2010.

