

actualmente, la igualdad forma parte de la dignidad; forma parte del contenido esencial de la dignidad; la igualdad es condición de la dignidad.

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

De este modo, la protección del trabajador se apoya en la igualdad y en la dignidad¹⁰. Y la discriminación viola tanto la igualdad como la dignidad. Por eso, el Derecho del trabajo, que protege a todos los trabajadores, con mayor razón protege a los más expuestos, generalmente discriminados, a los más débiles entre los débiles. Así es como se llega a la no discriminación, a partir de la igualdad, la dignidad y la protección.

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

4. Libertad

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

Si bien no puede discutirse el reconocimiento y la jerarquía de la libertad como uno de los valores o *metaprincipios* fundamentales del sistema de derechos humanos, existe, en cambio, una gran controversia en cuanto a cuál sea su contenido esencial¹¹.

Simplificando en exceso ese panorama, puede distinguirse, por un lado, una noción de libertad como ausencia de coerción (libertad negativa), concepción propia del paleoliberalismo, defendida a ultranza por Hayek¹². Por otro lado, se desarrolló una concepción de la libertad como autodeterminación o como capacidad concreta de actuar¹³ (libertad positiva, material, sustancial o efectiva). Es la manejada, desde los estoicos¹⁴ por Capitant¹⁵, Nicolliello¹⁶,

¹⁰ Ya habíamos esbozado una formulación similar a esta en *Ética y Derecho del trabajo*, en GRUPO DE LOS MIÉRCOLES, "Veinte estudios laborales en memoria de Ricardo Mantero Álvarez". Montevideo 2004, págs. 36-37. Aquí intentamos ampliarla y afinarla.

¹¹ En efecto: "no hay acuerdo en punto a determinar qué se entiende por libertad en sentido jurídico" (BARBAGELATA, Aníbal L., *Derechos fundamentales*, 2ª. ed., Montevideo 2002, pag. 9).

¹² HAYEK, Friedrich von, *Los fundamentos de la libertad*, trad. esp., Madrid 1992, págs. 32-33 y 40 (nota 21).

¹³ Como la defendida por Antartya SEN y Ronald DWORKIN, con diferencias entre ellos (RUZYK, Carlos Eduardo, *Institutos fundamentais do Direito civil e liberdade(s). Repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*, Curitiba 2011, pág. 16).

¹⁴ "La libertad consiste en disponer de sí mismo" (conf. FERRATER MORA, José, *Diccionario de filosofía abreviado*, Barcelona 1962, pág. 219).

Jiménez de Aréchaga¹⁷, Aníbal L. Barbagelata¹⁸, y Burgoa¹⁹, entre muchos otros y supone no solamente la ausencia de coerción, sino además, el reconocimiento de una esfera de poder^{20 21}.

¿Y qué tiene que ver todo esto con el Derecho del trabajo? Pues que precisamente la relación de trabajo es una relación de poder que limita severamente la libertad del trabajador²².

Como dice Ackerman, toda vez que "se trabaja por necesidad (...), se limita severamente la libertad de quien trabaja"; "cuando existe necesidad —y especialmente la necesidad de obtener los recursos para la subsistencia—, escaso espacio resta para elegir o para decir que no y muy reducido queda entonces el territorio de la libertad". "El trabajo por necesidad, subordinado o por cuenta ajena, es decir, sometido al poder de un empleador, supone, para la persona que trabaja, una progresiva e inevitable pérdida de libertad"²³.

Esta pérdida de libertad está claramente reconocida en el Derecho positivo laboral uruguayo, que define el tiempo de trabajo efectivo como aquel "en que un obrero o empleado deja de disponer libremente de su voluntad"²⁴.

¹⁵ "Poder de obrar según la propia determinación" (CAPITANT, Henri, *Vocabulario jurídico*, trad. esp., Buenos Aires 1975, pág. 345).

¹⁶ "Predominio de la voluntad y ausencia de dominación ajena en la conducta de los hombres" (NICOLIELLO, Nelson, *Diccionario jurídico*, Montevideo 1995, pág. 108).

¹⁷ Entre otras cosas, "derecho a la autonomía personal" (JIMÉNEZ DE ARECHAGA, Eduardo, *Introducción al derecho*, Montevideo 2007, pág. 142).

¹⁸ "Una esfera de acción autónoma" (BARBAGELATA, Aníbal L., *ob.cit.*, pág. 10).

¹⁹ "Un derecho público subjetivo" que consiste en la "potestad genérica de actuar, real y trascendientemente" (BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 22ª ed., México 1989, págs. 304 y 309-310).

²⁰ Lo que lleva a Foucault a proponer como rasgo de la libertad positiva, la "insumisión al poder", en el sentido de la posibilidad de resistirlo (*conf.* RUZYK, Carlos Eduardo, *ob.cit.*, págs. 47-48).

²¹ Por cierto, hay muchas otras clases o concepciones de la libertad (libertad individual y colectiva; libertad civil y política; libertad política de opción y libertad política de participación; libertad política y libertad económica; etc.). Aquí solo hemos hecho referencia a una de las dicotomías más directamente relacionadas con el aspecto laboral.

²² Los análisis histórico-filosóficos de Foucault destacan cómo la carencia de libertad siempre acompañó al trabajador industrial: primero en la misma prisión, durante el período de represión directa, luego en las "fábricas-prisión" y finalmente en la apropiación del tiempo de trabajo (FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, trad. esp., Buenos Aires 2005, págs. 128-130 y 137-139 y *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, trad. esp., Buenos Aires 2008, págs. 76-77 y 81-82). También denuncia cómo la ficción del contrato (de trabajo) intenta legitimar el ejercicio del poder disciplinario del empleador (*Idem*, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, trad. esp., Servicio de Documentación en Ciencias Sociales, Ficha 281, pág. 80).

²³ *Tratado...*, *cit.*, págs. 16 a 19 y 25.

²⁴ Art. 6 del decreto de 29 de octubre de 1957. Del mismo modo, Domingo ARENA fundamentó su voto en favor de la ley 5.350 de 17 de noviembre de 1915, sosteniendo que

Siendo así, y atendiendo a las dos grandes concepciones de libertad antes sintetizadas, el Derecho del trabajo tiene como objetivos: a) garantizar al trabajador algún grado de libertad negativa (liberándolo de la coerción patronal o limitando la extensión o intensidad de la misma), y b) garantizarle, además, algún grado de libertad positiva, de capacidad de autodeterminación, de poder o contrapoder.

En efecto, toda la estructura del Derecho laboral apunta a garantizar –dentro y fuera de la relación de trabajo–, un mínimo de libertad al ser humano que trabaja. Dentro y durante la relación de trabajo, los derechos inespecíficos, de ciudadanía en la empresa o derechos fundamentales de la persona trabajadora, apuntan a limitar la subordinación o dependencia a que la relación de trabajo la somete; en igual sentido operan las normas específicamente laborales que limitan o condicionan el ejercicio del poder de dirección del empleador. Al mismo tiempo, al limitar la duración del tiempo de trabajo, garantizar descansos, etc., se apunta a generar un tiempo liberado de esa subordinación o dependencia²⁵.

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

Demás está decir que este rescate de parte de la libertad del trabajador intentado por el Derecho laboral, se entrelaza estrechamente con la dignidad (la libertad es obviamente esencial a la dignidad), y con la igualdad (la preservación de un espacio de libertad del trabajador es asimismo, un mecanismo de igualdad y por tanto, también de protección). Y al mismo tiempo, todo esto refuerza la pertenencia del Derecho laboral –o la protección del trabajador–, al sistema de los derechos humanos²⁶.

²⁵ Todo hombre que trabaja para otro, durante todo el tiempo que trabaja está sometido a otro; no es en su voluntad a otro, ha dejado de ser un hombre libre” (diario “El Día”, Montevideo el 2 de octubre de 1915, cit. por MACHADO, Carlos, *Historia de los orientales*, 4ª. ed., Montevideo: 1955, t. III, pág. 37).

²⁶ Véase LÓPEZ, Diego, *Libertad y seguridad en el trabajo*, en Revista Laboral Chilena, Julio 2009, págs. 53-59.

²⁷ Cabe todavía, una advertencia sobre el alcance de la libertad en la protección propia del Derecho laboral. La proscripción del trabajo forzoso se funda en la libertad, claro está, pero no se agota en aquella. La prohibición del trabajo forzoso (incluida en la ejemplificación minimalista de principios y derechos fundamentales en el trabajo de la Declaración de la OIT de 1948) es solamente la expresión mínima de la libertad en el Derecho del trabajo. Hay aquí una analogía con la relación entre igualdad y no discriminación. La no discriminación es parte de la igualdad, que la supera ampliamente, del mismo modo que la prohibición del trabajo forzoso forma parte de la libertad, que también la supera ampliamente (V. *infra*, 5 y II.1). La proscripción del trabajo forzoso apenas es el primer paso –tan necesario como insuficiente– del camino de la libertad del trabajador.

5. Breve resumen parcial

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

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

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

II. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN EL TRABAJO

1. Igualdad y no discriminación

Igualdad y no discriminación no son la misma cosa. El principio de igualdad es el mayor, que incluye al de no discriminación. Esta es un derivado de aquella, una concreción, efecto o reflejo de la igualdad²⁷. La igualdad es el género y la no discriminación es una de sus especies. Un instrumento de la igualdad. Se trata de una prohibición (no discriminar) en el marco del objetivo de la igualdad. Para alcanzar la igualdad hay que empezar por no discriminar. La no discriminación es el contenido mínimo de la igualdad, un pequeño paso en el camino de la igualdad.

Pero hay otra diferencia fundamental. Dentro del área específica del Derecho laboral, la igualdad opera verticalmente (reduciendo la diferencia entre capital y trabajo), mientras que la no discriminación opera horizontalmente, procurando que no se perjudique (aún más) a los trabajadores más débiles o expuestos²⁸.

La no discriminación intenta evitar que existan trabajadores de "clase A" y trabajadores de "clase B", pero no cuestiona el hecho de que el empleador

²⁷ ALVES LIMA, Firmino, *Mecanismos antidiscriminatorios nas relações de trabalho*, Sao Paulo 2006, pág. 78 y NEVES, Javier, *La igualdad y sus efectos: el derecho a no ser discriminado*, cit. por GOLDSTEIN, Eduardo, *La discriminación racial, por origen nacional y etnia en las relaciones laborales*, Montevideo 2009, pág. 83.

²⁸ BARRETTO, Hugo, *El derecho a la igualdad y la no discriminación en el Derecho del trabajo. Una revisión crítica*, en *Revista de Derecho Social-Latinoamérica* Nro. 4-5, Buenos Aires 2008, págs 37 y sigs., esp. págs. 52-55.

... de "clase A" y los trabajadores sean de "clase B". El objetivo de la no discriminación no es la igualdad entre capital y trabajo, sino la eliminación de diferencias injustificadas entre trabajadores, dentro del universo de los ya desiguales, dentro del mundo de los débiles. La no discriminación actúa solo dentro de la clase trabajadora, entre sectores, segmentos o "subgrupos" de trabajadores.

Mientras tanto, el principio de igualdad opera en la *summa divisio* del Derecho laboral: la que existe entre capital y trabajo, entre empleador y trabajador. Y como ya se subrayó, es esta igualdad material, desigualdad compensatoria o igualación la gran innovación o particularidad del Derecho laboral: la igualdad concebida no como axioma o punto de partida, sino la igualdad como meta u objetivo²⁹.

2. La discriminación en el trabajo

La discriminación en el trabajo es un fenómeno cotidiano y universal³⁰, porque la relación de trabajo, en tanto relación de poder o relación desigual, es un campo fértil, un caldo de cultivo para la discriminación. El trabajador está siempre expuesto a la discriminación –o sea, a sufrir un tratamiento peor que el recibido por sus compañeros–, por el hecho mismo de la desigualdad, subordinación o dependencia³¹, y más expuesto está cuanto más débil es.

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

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

- a) puede tratarse de una acción o de una omisión, un hacer o un no hacer;
- b) supone una diferencia, una exclusión o aún una preferencia injustificada;

²⁹ Sagra I.I.

³⁰ GODINEZ, Alexander, *La eliminación de la discriminación en materia de empleo y relaciones*, en Revista Real Card Nro. 2, Guatemala 2010, pág. 101.

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

