

- c) tal diferencia debe carecer de una causa justificante, de un motivo justo y fundado;
- d) debe provocar un daño o un perjuicio al trabajador que recibe el tratamiento diferenciado.

No es relevante la intención del sujeto discriminante, siendo suficiente la existencia del daño. Habida cuenta del bien jurídico protegido, se destierra del ordenamiento jurídico no solo a las conductas intencionadamente discriminatorias, sino a todas las que, de hecho, tienen un resultado discriminatorio. Lo relevante no es la intención sino el daño³².

Son múltiples las clasificaciones de los diversos tipos de discriminación laboral³³, por lo que aquí solo haremos referencia a algunas de las más importantes a los efectos de este estudio.

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

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

También se distingue entre *discriminación vertical y horizontal*. En la primera, es el empleador o el personal de dirección que discrimina a uno o varios trabajadores. En la segunda, son los mismos trabajadores que discriminan a uno o varios de sus compañeros³⁴.

Asimismo, se diferencia según que la discriminación sea *por acción o por omisión*. Si bien generalmente el acto discriminatorio supone un hacer, la

³² NUÑEZ, Cayetano, *Interculturalidad y Derecho del trabajo*, Valencia 2009, pág. 69. *Conf. tamb.*, GOLSDSTEIN, Eduardo, *ob. cit.*, págs. 115 y 274 y ALVES LIMA, Firmino, *Mecanismos antidiscriminatorios...*, *cit.*, págs. 313-314.

³³ V. GOLDSTEIN, Eduardo, *ob. cit.*, págs. 112 y sigs.

³⁴ V. *supra*, nota 31.

discriminación también
contante, la misma
de los principales
suficientemente

Desde otra perspectiva
"g". A diferencia de
colectivo, que
una parte de algunos
un "caso de hecho"
estadísticas públicas
niveles o el nivel por
de "escrache" por

Se hace hincapié en
una injusta lesión de
a plantear otra pro
nada discriminación
focalizada en un co
un colectivo (un

Finalmente, hasta
por el empleador o p
discriminación nor
Estadísticas, lo que
Está claro que
derechos fundam

Más complicado es
sintan por lo menos de
con por la vetustez de las
53, que da preferencia a
con el desarrollo de una
del art. 54 que establece
dieciocho años será cap
en las concepciones act
la vieja y tradicional op
menores, del mismo mo
femenino. En nuestra op

³⁵ La parte dogmática de
1934. Las reformas posteri
micos, despreocupándose por

discriminación también puede resultar de un no hacer. Por ejemplo, generada un vacante, la misma no se llena habida cuenta de determinadas características de los principales candidatos (sexo, raza, color, sindicación, etc.), que no justifican su postergación.

Desde otra perspectiva, se hace referencia al *acoso colectivo* o "straining". A diferencia del acoso moral, que es individual, el "straining" es un acoso colectivo, que requiere platea y cierto grado de colaboración implícita. Forma parte de algunas políticas de personal, que del mismo modo que elaboran un "cuadro de honor" con los mejores trabajadores del mes o del año, descalifican públicamente a quienes no consiguieron alcanzar las metas establecidas o el nivel previsto de productividad. Podría decirse que es una especie de "escrache" patronal.

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

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

Más complicado es el caso de la norma constitucional discriminatoria. Existen por lo menos dos casos en nuestra propia Constitución, que se explican por la vetustez de las normas³⁵. Uno de ellos es el párrafo segundo del art. 53, que da preferencia a los ciudadanos en "la posibilidad de ganar su sustento con el desarrollo de una actividad económica". El otro es el segundo párrafo del art. 54 que establece que "el trabajo de las mujeres y de los menores de dieciocho años será especialmente reglamentado y limitado". Está claro que en las concepciones actuales sobre igualdad y discriminación, es inadmisibles la vieja y tradicional equiparación del trabajo de las mujeres con el de los menores, del mismo modo que es inadmisibles, hoy, la *limitación* del trabajo femenino. En nuestra opinión, ambas disposiciones son desplazadas por la

³⁵ La parte dogmática de la Constitución no ha sido modernizada casi en nada desde 1934. Las reformas posteriores se concentraron en aspectos propiamente políticos y económicos, despreocupándose por los derechos.

normativa internacional de derechos humanos, que reviste carácter de *jus cogens*, operación que se ve facilitada por el juego de los arts. 72 y 332.

3. Causas no justificadas de trato diferente

En rigor, dado el estado actual de evolución del tratamiento dogmático de la discriminación laboral, no sería necesaria ninguna enumeración de causas o motivos, ya que el principio es el de que *resulta discriminatoria toda diferencia no justificada*.

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

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

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

4. Momento, ocasión u oportunidad del acto discriminatorio

El acto discriminatorio puede darse en cualquier momento y más específicamente, puede operar antes, durante o después de la relación de trabajo³⁶.

La *discriminación precontractual* opera, generalmente, en el proceso de selección. Los avisos o anuncios en que se pide personal ya son frecuentemente discriminatorios. Igualmente lo son los "tests psicotécnicos" diseñados para determinar tendencias o inclinaciones del postulante, que serán tenidas

³⁶ Conf. GOLDSTEIN, Eduardo, *ob. cit.*, págs. 121-122.

en cuenta para no contratarle³⁷. Y por supuesto lo son las conocidas y variadas "listas sucias"³⁸.

Puede ser interesante señalar que en Francia, la ley de 31 de marzo de 2006, de igualdad de oportunidades, introdujo en el Código de trabajo el anonimato de los *curriculum vitae*³⁹. Por lo demás, con carácter dogmático y general, se ha ido desarrollando la postulación de un "derecho a mentir" por parte del aspirante⁴⁰.

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

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

Por lo demás, tal vez cabría diferenciar acoso sexual y acoso moral. En efecto, se ha dicho que aún en una concepción limitada del carácter discriminatorio del asedio, el acoso sexual es siempre discriminatorio porque

³⁷ Al respecto véase, en esta misma revista, BRITOS, Fernando, *Pruebas psicolaborales y manipulación en el mundo del trabajo*

³⁸ Adoptamos aquí la expresión al uso en Brasil, dado que la tradicional de "listas negras" es obviamente –podría decirse que obscenamente– discriminatoria.

³⁹ "Las informaciones comunicadas por escrito por el candidato al empleo, destinadas a apreciar exclusivamente su capacidad para ocupar un puesto de trabajo o sus aptitudes profesionales, deben ser examinadas en condiciones que preserven el anonimato" (art. L-121-6-1). Se le critica a esta norma su eventual contradicción con la política de transparencia en la empresa y con las previsiones del acuerdo nacional profesional sobre la diversidad en la empresa, de 11 de octubre de 2006 (FAVENNEC-HERY, Françoise, *Non-discrimination, égalité, diversité, la France au milieu du gué*, en rev. Droit Social Nro 1, Paris, janvier 2007, pág. 6). En sentido inverso y tal como se indica de inmediato en el cuerpo de este texto, se desenvuelve la idea de un derecho a mentir, como defensa del postulante.

⁴⁰ ERMIDA URIARTE, Oscar, *Ética y Derecho del trabajo*, cit., pág. 28.

es al mismo tiempo discriminación por sexo u opción sexual. En este tipo de acoso, el sexo o la opción sexual es definitorio para la adopción de una conducta ilegítimamente diferente⁴¹.

Finalmente, la *discriminación post contractual* se concentra, muy frecuentemente, en las referencias que el ex-empleador da a otros colegas que eventualmente podrían contratar a quien fuera su empleado. Del mismo modo, reaparecen aquí, las "listas sucias" que a veces, hasta se comercializan, como las de trabajadores que han presentado reclamos administrativos o judiciales. En el Uruguay es relativamente frecuente el envío al seguro de paro como medida retorsiva y eventualmente discriminatoria.

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

No toda diferencia es discriminatoria. Así, por ejemplo, el propio convenio 111 excluye las diferencias fundadas en las calificaciones de los trabajadores⁴². Por eso, en cada caso concreto de diferencia salarial o de otras condiciones de trabajo, puede presentarse la duda respecto de su legitimidad.

Pero en todo caso, como regla de principio, debe partirse de la necesidad, pertinencia y fundamentación de la diferencia. En efecto, el principio de igualdad opera la *presunción de la licitud del trato igualitario*, ya que en definitiva, la norma antidiscriminatoria tiene como objetivo final promover la igualdad sustancial, con pleno respeto de la misma dignidad de todos los seres humanos. Por eso, la igualdad no requiere justificación especial, al revés de la desigualdad. Solo *el tratamiento diferenciado requiere justificación expresa*⁴³.

Doctrina y jurisprudencia comparadas han elaborado los requisitos de validez del trato diferente: una condición desigual puede no ser discriminatoria si se demostrara de modo claro e inequívoco la necesidad, pertinencia y razonabilidad de la diferenciación introducida⁴⁴. En otras palabras, el trato diferenciado debe ser indispensable para cumplir una necesidad objetiva, fundada y legítima de la empresa, lo que supone que la medida en cuestión debe

⁴¹ LOUSADA AROCHENA, José Fernando, *El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual*, Granada 1996, págs. 141-145.

⁴² Entre otros, MORGADO VALENZUELA, Emilio, *Reflexiones iniciales acerca del principio de no discriminación*, en "Los principios del Derecho del trabajo en el Derecho peruano. Libro homenaje al prof. Américo Plá Rodríguez", 2ª. ed., Lima 2009, pág. 697.

⁴³ ALVES LIMA, Firmino, *Teoria da discriminação nas relações de trabalho*, Rio de Janeiro 2011, parágrafo 8.2. Claro que podría darse una excepción en la hipótesis en la que el trato igualitario encubriera una discriminación del trabajador o grupo de trabajadores que tuviera condiciones que dieran mérito o aún exigieran una mejor consideración.

⁴⁴ ALVES LIMA, Firmino, *ob. cit.*, parágrafo 5.5.3 y NÚÑEZ, Cayetano, *ob. cit.*, pág. 98.

