

ser necesaria, pertinente, apta y adecuada para ello; pero además debe verificarse la inexistencia de otro medio para obtener el mismo objetivo.

La razonabilidad ayudará a valorar estos extremos para legitimar —o no— el trato diferenciado, pero debe tenerse siempre presente que de un lado está en juego un derecho fundamental (la no discriminación), y del otro meras conveniencias o necesidades de gestión.

Por esto mismo se impone la *interpretación restringida de la diferencia*, así como la *carga de probar su indispensabilidad*, dos reglas básicas del Derecho laboral antidiscriminatorio derivadas, por lo demás, del Derecho de los derechos humanos.

#### 6. Reacción del ordenamiento jurídico ante la discriminación en el trabajo

Siendo la no discriminación un principio o derecho fundamental, la reacción del orden jurídico en su contra es múltiple y puede sistematizarse en torno al sistema de presunciones y prueba, a la prohibición, nulidad y criminalización del acto discriminatorio y al desarrollo de acciones positivas.

*En materia de presunciones y prueba*, y según lo recién adelantado, se presumen la licitud del acto igualitario y la ilicitud del tratamiento diferenciado.

Por tanto, es necesario probar la existencia de un motivo justificado de la diferencia. Normalmente, este efecto se presenta como una inversión de la carga de la prueba, pero probablemente se trate de la consecuencia de la nulidad de todo acto prohibido y en particular, de todo acto violatorio de derechos fundamentales. Lo mismo puede decirse de la necesaria interpretación estricta de la procedencia de la distinción.

*El acto discriminatorio es absolutamente nulo*. Precisamente por tratarse de un acto violatorio de derechos fundamentales, la discriminación está prohibida y el acto que la vehiculiza está afectado de nulidad absoluta. El acto discriminatorio es nulo, en concordancia con el objetivo de eliminar la desigualdad injustificada o, como dice el art. 2 de la Declaración de la OIT sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998, “la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación”<sup>45</sup>.

Claro que la nulidad opera sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial, pero lo esencial es la nulidad del acto prohibido y violatorio de varios derechos fundamentales, más aún, de los fundamentos de todos los derechos humanos, como es el caso de la igualdad y la dignidad.

GODINEZ, Alexander, *ob.cit.*, pág. 102.

La prohibición del acto discriminatorio también supone, por cierto, la garantía de indemnidad o proscripción de la "discriminación retaliatoria".<sup>46</sup>

La nulidad de la discriminación se complementa, a menudo, con la *tipificación penal* de la conducta en cuestión.<sup>47</sup>

La *acción positiva*, también denominada discriminación positiva o inversa, opera en el campo de las políticas antidiscriminatorias y consiste en crear mecanismos de desestímulo a la discriminación y de promoción de la igualdad en favor de los sectores generalmente desfavorecidos en la materia. Así, mientras la nulidad del acto discriminatorio intenta eliminar la desigualdad no justificada, la discriminación positiva apunta a promover la igualdad.<sup>48</sup>

En todo caso, la discriminación positiva responde a las estructuras y técnicas más propias y tradicionales del Derecho laboral: todo: tratase, en efecto, de crear desigualdades de signo contrario a la constatada en la realidad. Eso es lo que el Derecho del trabajo hizo y hace en todos los campos. Por tanto es posible preguntarse si todo el Derecho social no es una acción positiva o, en otros términos, si la discriminación inversa no es más que una focalización de las técnicas protectoras e igualadoras del Derecho social en determinadas situaciones particularmente expuestas.

## Conclusiones

1) La no discriminación es un ítem importante del Derecho del trabajo, tanto que la eliminación de la discriminación se incluye en la nómina minimalista de principios y derechos fundamentales del trabajo de la Declaración de la OIT de 1998. Sin embargo, la no discriminación se inscribe en el marco mayor de principios aún superiores, como los de protección, igualdad y dignidad.

2) El Derecho el trabajo forma parte del sistema de derechos humanos, no solo porque la mayoría de los derechos del trabajador están expresamente

<sup>46</sup> Como es sabido, se trata del establecimiento de cupos, cuotas, preferencias y otras ventajas en favor de categorías generalmente postergadas. En dicha línea puede mencionarse, a título de ejemplo, la ley francesa de 23 de marzo de 2006, que modifica el art. L.132-27-2 del Código de trabajo, estableciendo una obligación de negociar y concluir convenios colectivos de empresa y de rama con disposiciones de igualdad de remuneraciones. No se trata solo de la tradicional obligación de negociar, sino además de la de acordar; no es una mera obligación de medio, sino de resultado (conf. FAVENNEC-HERY, Françoise, *ob. cit.*, pág. 7).

<sup>47</sup> En Brasil, la ley 12.288 de 2010 (Estatuto de la igualdad racial), modifica la anterior ley 7.716 de 1989, que había definido el delito de discriminación racial, agregando varias nuevas conductas a la tipificación del referido delito (conf. RIBEIRO BRASILIANO, Cristina A. y FONSECA ESPÍRITO SANTO, Dimas, *Ensaio sobre o estatuto da igualdade racial*, en Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2a. Região, N° 6/2010, São Paulo 2010, pág. 297).

<sup>48</sup> La referida ley brasileña de 2010 promueve la acción positiva y crea, en su Título III, el "Sistema Nacional de Promoción de la Igualdad racial".

bién supone, por cierto, la discriminación retaliatoria".<sup>46</sup>

Elementa, a menudo, con la

discriminación positiva o in-discriminatorias y consiste en acción y de promoción de la desfavorecidos en la materia. intenta eliminar la desigualdad promover la igualdad.<sup>48</sup>

responde a las estructuras y laboral todo: tratase, en efecto, tratada en la realidad. Eso es en los campos. Por tanto es una acción positiva o, en más que una focalización de trabajo social en determinadas

te del Derecho del trabajo, nye en la nómina minimalista de la Declaración de la OIT describe en el marco mayor de igualdad y dignidad.

ma de derechos humanos, trabajador están expresamente

pos, cuotas, preferencias y otras a dicha línea puede mencionarse, modifica el art. L.132-27-2 del convenios colectivos de raciones. No se trata solo de la ar, no es una mera obligación de e. ob. cit., pág. 7).

el racial), modifica la anterior ley a racial, agregando varias nuevas TO BRASILEÑO, Cristina A. y do igualdad racial, en Revista São Paulo 2010, pág. 297).

a positiva y crea, en su Título III,

reconocidos como derechos fundamentales en la Constitución y en las nor-mas internacionales de derechos humanos (limitación de la jornada, descansos, derecho al trabajo, derecho a la seguridad social, derecho de huelga, de negociación y de negociación colectiva, etc.), sino también porque todo él -todo el Derecho laboral-, es un mecanismo de realización de los principios y valores del sistema de derechos humanos: la dignidad, la igualdad y la libertad.

3) El Derecho del trabajo es protector porque su objetivo es la igualdad material o igualación.

El Derecho laboral percibe una desigualdad entre empleador y trabajador e intenta corregirla, protegiendo al más débil.

La protección del trabajador es un instrumento de igualación o de reducción de las desigualdades.

4) Hoy, en un mundo que ya no tolera la idea de que unas personas sean esencialmente superiores a otras, la igualdad forma parte, también, de la idea de dignidad.

De tal modo, la protección el Derecho laboral tendiente a la reducción de la desigualdad entre capital y trabajo, apunta al mismo tiempo, a la preservación de la dignidad de la persona que trabaja.

5) La prohibición de la discriminación es el contenido mínimo de la igualdad. El principio mayor es el de igualdad.

La no discriminación es el contenido mínimo de la igualdad. Para procurar la igualdad, el primer paso -no suficiente, pero sí necesario-, es no discriminar.

6) La discriminación también hiere la dignidad de la persona humana.

7) Siendo una relación de poder, la relación de trabajo es un espacio propicio para la discriminación. Por eso, la discriminación en el trabajo es un fenómeno cotidiano y universal.

8) El elemento esencial -no el único, pero sí el principal- para determinar cuando una diferencia es discriminatoria, reside en su injustificación.

9) La discriminación laboral puede producirse antes, durante o después de la relación de trabajo.

10) Se presume la ilicitud del tratamiento diferenciado. Por lo tanto, es necesario probar la existencia de motivo justificante de la diferencia.

11) El acto discriminatorio es nulo. La desigualdad no justificada debe ser eliminada por violatoria no solamente de varios derechos fundamentales, sino además, por violatoria de los fundamentos de todos los derechos humanos: la igualdad y la dignidad.

