

País: Alemania

Caso: Tribunal Constitucional Federal de Alemania, 18 de noviembre de 2003, 1 BvR 302/96

Según la Constitución alemana, el Estado tiene la obligación de promover la realización efectiva de la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo con miras a abolir las situaciones de desventaja existentes. Este caso en cuestión estaba relacionado con la constitucionalidad de un sistema de licencia de maternidad en donde le correspondía al empleador pagar directamente parte de las prestaciones de maternidad a su empleada. El Tribunal Constitucional Federal de Alemania resolvió que el sistema era inconstitucional porque alentaba la discriminación contra las mujeres y el fallo fue respaldado mediante referencia a las normas internacionales, incluyendo el Convenio núm. 111, que fija como meta la realización de la igualdad no sólo en derecho, sino también en la práctica.

II.A.2. Ámbito de aplicación del Convenio

Ámbito de aplicación personal

El propósito del Convenio núm. 111 es proteger a todas las personas contra la discriminación en materia de empleo y ocupación y no existe ninguna disposición en este instrumento que limite su ámbito a un tipo particular de personas o a un grupo o categoría de trabajadores. Por lo tanto, todos los trabajadores deben estar protegidos contra la discriminación.

- Los trabajadores domésticos, eventuales o agrícolas deben tener derecho a la igualdad de oportunidades y trato, como se define en este Convenio.
- Tanto el trabajador nacional como el extranjero deben estar protegidos contra la discriminación basada en los motivos cubiertos en este Convenio, lo que adquiere particular importancia en los casos de protección de los trabajadores migrantes contra la discriminación por motivos de raza, color, sexo, ascendencia nacional o religión.

Ámbito de aplicación material

El Convenio núm. 111 persigue la eliminación de la discriminación en materia de «empleo y ocupación».

A los efectos de este Convenio, los términos «empleo» y «ocupación» incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.

C.111, artículo 1(3)

El ámbito de este Convenio es muy amplio, extendiéndose a todos los sectores de actividad y cubriendo todas las ocupaciones⁶³ y empleo tanto en el sector público como en el privado. Por lo que respecta a la promoción de la igualdad de oportunidades y trato en materia de empleo y ocupación, el Convenio no sólo se ocupa del acceso a un empleo asalariado, sino también al trabajo por cuenta propia.

El Convenio núm. 111 y su correspondiente Recomendación núm. 111 prevén que el principio de igualdad de oportunidades y de trato se aplique a todos los aspectos del empleo y

⁶³ Se entiende por ocupación el oficio, la profesión o el tipo de trabajo realizado por el individuo, sin tener en cuenta la rama de actividad económica de que forma parte o su situación en el empleo y la ocupación (OIT: *Igualdad en el empleo y la ocupación: Estudio especial sobre la igualdad en el empleo y la ocupación prevista en el Convenio núm. 111*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 83.ª reunión, Ginebra, 1996, párrafo 79).

ocupación. El texto que se expone es el más importantes en las que se

Educación, orientación profesio

«[El Convenio] también se refiere a las posibilidades efectivas de adquirir formación y oportunidades.»⁶⁴

«La expresión «formación profesional» incluye como aprendizaje o enseñanza que resulta necesaria para la admisión en tal o cual formación profesional y para pasarse por alto en la aplicación

Acceso a empleo y a determina

«De acuerdo con los términos del Convenio no se limita al tratamiento en el empleo o en una ocupación sino que se aplica en el empleo o en la ocupación»

La igualdad de oportunidades y trato, *inter alia*, la igualdad en el acceso a las ocupaciones como otras medidas que promueven la igualdad en determinadas ocupaciones.

Condiciones de trabajo

El concepto de «condiciones de trabajo» se explica más ampliamente en el artículo 1(3) del Convenio, que se aplica a todas las personas, sin discriminación alguna, en las áreas siguientes:

- ascenso profesional;
- seguridad en el empleo (en el sector público);
- remuneración por un trabajo; y
- condiciones de trabajo, incluyendo salarios anuales remuneradas, medidas de seguridad social y servicios de salud.

Acceso a las organizaciones de

La Recomendación núm. 111 prevé que en las relaciones de trabajo deben aplicarse en materia de empleo y ocupación cláusulas de carácter discriminatorio en la formación o al ascenso, ni con

⁶⁴ OIT: *Igualdad en el empleo y la ocupación* (núm. 111) y a la Recomendación núm. 111, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 83.ª reunión, Ginebra, 1996.

⁶⁵ OIT: Estudio especial de 1996.

⁶⁶ OIT: Estudio general de 1988.

ocupación. El texto que se expone más abajo proporciona una perspectiva general de las áreas más importantes en las que se debe realizar este principio.

Educación, orientación profesional y formación

«[El Convenio] también se refiere al acceso a los medios de formación sin el cual las posibilidades efectivas de admisión en un empleo o en una ocupación no tendrían ningún efecto, dado que la formación constituye la clave de la promoción de la igualdad de oportunidades.»⁶⁴

«La expresión «formación profesional» (...) no puede interpretarse en un sentido restringido, como aprendizaje o enseñanza técnica. En la medida en que la realización de ciertos estudios resulta necesaria para la admisión en empleos u ocupaciones determinados, o para el ingreso en tal o cual formación profesional especializada, los problemas correspondientes no deben pasarse por alto en la aplicación de los instrumentos de 1958.»⁶⁵

Acceso a empleo y a determinadas ocupaciones

«De acuerdo con los términos de esta definición [artículo 1(3)], la protección prevista por el Convenio no se limita al tratamiento que se dé a una persona que ya ha sido admitida en un empleo o en una ocupación sino que se extiende expresamente a las posibilidades de admisión en el empleo o en la ocupación (...)»⁶⁶

La igualdad de oportunidades y trato con respecto al acceso a empleo y ocupación incluye, *inter alia*, la igualdad en el acceso a agencias de colocación y en el trato dentro de ellas, así como otras medidas que promuevan el empleo, unos procesos de selección y contratación no discriminatorios y con igualdad de oportunidades, además de la igualdad de acceso a determinadas ocupaciones.

Condiciones de trabajo

El concepto de «condiciones de trabajo» al que se hace referencia en el Convenio núm. 111 se explica más ampliamente en la Recomendación núm. 111, la cual indica que todas las personas, sin discriminación alguna, deben disfrutar de igualdad de oportunidades y trato en las áreas siguientes:

- ascenso profesional;
- seguridad en el empleo (en el sentido de estabilidad en el empleo);
- remuneración por un trabajo de igual valor;
- condiciones de trabajo, incluyendo horas de trabajo, períodos de descanso, vacaciones anuales remuneradas, medidas de seguridad e higiene en el trabajo, así como medidas de seguridad social y servicios y prestaciones sociales relativos al empleo.

Acceso a las organizaciones de trabajadores y empleadores y negociación colectiva

La Recomendación núm. 111 también prevé que las partes en las negociaciones colectivas y las relaciones de trabajo deben respetar el principio de igualdad de oportunidades y trato en materia de empleo y ocupación y cerciorarse de que los convenios colectivos no contengan cláusulas de carácter discriminatorio en relación con el acceso al empleo, a los medios de formación o al ascenso, ni con la conservación del empleo o las condiciones de trabajo. La

⁶⁴ OIT: *Igualdad en el empleo y la ocupación: Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 111) y a la Recomendación (núm. 111) sobre la discriminación (empleo y ocupación)*, 1958, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 75.ª reunión, Ginebra, 1988, párrafo 76.

⁶⁵ OIT: Estudio especial de 1996 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafo 70.

⁶⁶ OIT: Estudio general de 1988 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafo 76.

Recomendación también establece que las organizaciones de empleadores y de trabajadores no deben practicar ni tolerar discriminación alguna respecto a la afiliación en las mismas, a la conservación de dicha afiliación o a la participación en los asuntos sindicales.

El amplio ámbito material del Convenio núm. 111 hace posible que se considere el principio de igualdad de oportunidades y trato en casos donde la legislación nacional no es tan amplia o carece de claridad con respecto a la aplicación del principio, como, por ejemplo, cuando:

- las disposiciones del código de trabajo no ponen de manifiesto claramente si los solicitantes a un trabajo están cubiertos por las disposiciones no discriminatorias;
- la legislación que regula las actividades de los servicios o agencias de empleo no menciona expresamente los principios de no discriminación.

II.A.3. ¿Qué es la discriminación?

Definición del principio

La definición básica de lo que constituye tratamiento discriminatorio se establece en el artículo 1 del Convenio núm. 111.

A los efectos de este Convenio, el término «discriminación» comprende – (a) cualquier distinción, exclusión o preferencia [basada en ciertos criterios o motivos] que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

C.111, artículo 1(D)(a)

Esta definición comprende tres elementos:

- un elemento de hecho (la existencia de una distinción, exclusión o preferencia que pueda surgir de un acto u omisión) que constituye una diferencia en el trato;
- un motivo en el que se fundamenta la diferencia en el trato (véase más adelante);
- el resultado objetivo de esta diferencia en el trato (la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato).

La discriminación ocurre si una situación contiene estos tres elementos sin que sea necesario que medie la intención de discriminar.

Definición de la discriminación

Un anuncio de vacante laboral establece un criterio de contratación (elemento de hecho). Uno de los criterios establece que los solicitantes tienen que pertenecer a un sexo o edad determinados (motivo). De este modo, las personas que no pertenezcan al sexo o edad especificados están excluidas de la competición laboral como consecuencia de la aplicación de este criterio (resultado objetivo).

Nota bene: Es posible que un trato diferente que comprenda los tres elementos detallados anteriormente no se considere discriminación, siempre y cuando reúna los criterios de una de las excepciones que establece el Convenio núm. 111 (véase más adelante).

Discriminación en derecho y en la práctica

El trato desigual basado en un motivo ilícito establecido por las normas generales, tales como leyes o reglamentos, constituye discriminación en derecho, mientras que los actos u omisiones de una autoridad pública o personas u organismos privados que ocasionen un trato desigual a personas o miembros de un grupo con base en un motivo ilícito son constitutivos de discriminación en la práctica.

Véanse los siguientes ejemplos

País: Bulgaria

Tribunal Constitucional de Bulgaria, núm. 7

Este caso trataba sobre un caso en el que los solicitantes ocuparan puestos ejecutivos. El Tribunal Constitucional aplicó las disposiciones legales del artículo 111 de la OIT (discriminación directa).

País: Burkina Faso

Savadogo Zonabo c. Gobierno de Burkina Faso, Tribunal Laboral de Ouagadougou, septiembre de 2002, núm. 111

La primera mujer que había sido promovida a la categoría laboral superior. El Tribunal Laboral de Ouagadougou aplicó el artículo 111 de la OIT (discriminación directa).

Discriminación directa e indirecta

La definición de la discriminación directa e indirecta se establece en el artículo 1 del Convenio núm. 111.

La discriminación directa ocurre cuando una distinción, exclusión o preferencia es ilícita, o más de uno, de forma directa o indirecta, de manera clara y evidente. Véase el ejemplo 1 descrito anteriormente, cuando las circunstancias de la distinción basada en un motivo ilícito son evidentes en esta causa.

Discriminación indirecta

Un convenio colectivo establece un criterio de contratación para el trabajo no calificado. La asignación de una categoría laboral a una persona que desempeña un trabajo calificado es, además, implícita por el hecho de que el convenio colectivo establece, explícita, que indican que...

El concepto de discriminación indirecta se refiere a un trato determinado que es discriminatorio para un grupo de personas, tales como mujeres o grupos étnicos, y que resulta de una distinción indirecta, y no de una distinción directa (véase lo expuesto anteriormente).

La Comisión de Expertos ha examinado este caso y se recoge a continuación:

«Las discriminaciones indirectas ocurren cuando las prácticas aparentemente neutras afectan desproporcionadamente a personas que tienen determinadas características, tales como las condiciones, tratamientos...

Véanse los siguientes ejemplos:

País: Bulgaria

Tribunal Constitucional de Bulgaria, 27 de julio de 1992, decisión 8, asunto constitucional núm. 7

Este caso trataba sobre una ley que impedía que antiguos dirigentes del partido comunista ocuparan puestos ejecutivos en bancos. El Tribunal Constitucional de Bulgaria sentenció que las disposiciones legales en cuestión eran inconstitucionales y contrarias al Convenio núm. 111 de la OIT (discriminación en derecho).

País: Burkina Faso

Savadogo Zonabo c. Grand Moulins du Burkina, Tribunal Laboral de Ouagadougou, 10 de septiembre de 2002, núm. 140

La primera mujer que había sido nombrada para un cargo ejecutivo no fue ascendida a una categoría laboral superior, al contrario de la práctica establecida pero no documentada. El Tribunal Laboral de Ouagadougou se basó directamente en los Convenios núms. 100 y 111 de la OIT (discriminación en la práctica).

Discriminación directa e indirecta

La definición de la discriminación contenida en el Convenio núm. 111 se refiere tanto a la discriminación directa como a la indirecta.

La discriminación directa ocurre cuando el trato menos favorable ocurre con base en un motivo ilícito, o más de uno, de forma explícita o implícita. El acto u omisión que se basa en un motivo ilícito de manera clara y evidente constituye discriminación explícita, como se expone en el ejemplo 1 descrito anteriormente. La discriminación directa implícita o encubierta tiene lugar cuando las circunstancias que rodean a un caso hacen posible establecer que ha habido una distinción basada en un motivo ilícito, aunque el acto u omisión no haga una referencia clara a esta causa.

Discriminación directa (implícita)

Un convenio colectivo establece dos escalas salariales, una para el «trabajo calificado» y otra para el «trabajo no calificado» e incluye las definiciones de trabajo «calificado» y «no calificado». La asignación de una trabajadora a la escala salarial para trabajo no calificado, a pesar de que desempeña un trabajo calificado, constituye discriminación directa basada en el sexo, la cual es, además, implícita porque surge de circunstancias de hecho, más que de una declaración explícita, que indican que la causa del trato en cuestión es el sexo del trabajador.

El concepto de discriminación indirecta es importante para identificar y tratar situaciones en las que un trato determinado se extiende por igual a todas las personas, pero ocasiona resultados discriminatorios para un grupo en particular que está protegido por el Convenio núm. 111, tales como mujeres o grupos étnicos y religiosos. Este Convenio cubre claramente la discriminación indirecta, ya que el artículo 1(1)(a) se refiere al «efecto» del trato en cuestión (véase lo expuesto anteriormente).

La Comisión de Expertos ha descrito y definido el concepto de discriminación indirecta, como se recoge a continuación:

«Las discriminaciones indirectas son las relacionadas con situaciones, reglamentaciones o prácticas aparentemente neutras pero que, en realidad, crean desigualdades con respecto a personas que tienen determinadas características. Tales situaciones surgen cuando idénticas condiciones, tratamientos o criterios se aplican a todos pero sus consecuencias resultan tener

un impacto sumamente desfavorable en algunos por motivos basados en su raza, color, sexo o religión, y no resultan tener un vínculo directamente relacionado con los requerimientos del empleo.»⁶⁷

Discriminación indirecta (basada en el sexo)

- Una fábrica sólo contrata a trabajadores de una altura superior a 1,60 metros, un criterio que se aplica a todos los trabajadores. Esta norma puede ser indirectamente discriminatoria para las mujeres, ya que es más frecuente que ellas sean más bajas que esta altura. Sin embargo, se puede demostrar que el requisito específico de la altura es una condición inherente del puesto de trabajo (por ejemplo, se necesita ser de una altura determinada para operar el tipo de maquinaria usada en la fábrica).
- Los empleados de una compañía trabajando a tiempo parcial sólo podían obtener una pensión bajo el plan de pensiones de la empresa, si habían trabajado durante 15 años como mínimo a lo largo de un periodo total de 20 años. En este caso, el Tribunal Europeo de Justicia dictaminó que esta situación constituía un trato discriminatorio para las mujeres, desde el punto de vista de que esta exclusión del plan profesional de pensiones afectaba a un mayor número de mujeres que de hombres, a no ser que la empresa pudiera demostrar que la exclusión se basaba en factores objetivamente justificados y no relacionados con ninguna discriminación por motivos de sexo.⁶⁸

Discriminación indirecta (basada en el origen étnico)

El gobierno X requiere que todos los funcionarios públicos tengan un dominio excelente de la lengua del país y la mayoría de las personas pertenecientes a una minoría étnica residente en el país no puede satisfacer este requisito. Esta situación podría constituir una discriminación indirecta, ya que un conocimiento excelente de la lengua oficial no puede ser una condición inherente para todos los trabajos en el sector público.

Allí donde la legislación nacional no cubre o define explícitamente lo que constituye discriminación indirecta, es particularmente importante poder referirse a las disposiciones del Convenio núm. 111 y a las observaciones de los órganos de control de la OIT.

País: Australia

El *Commonwealth de Australia c. Comisión de derechos humanos e igualdad de oportunidades*, Tribunal Federal de Australia, 15 de diciembre de 2000, (2000) FCA 1854.

En este caso, la cuestión surgió de la incertidumbre sobre si la disposición sobre no discriminación contenida en la legislación nacional incluía la discriminación indirecta. El Tribunal Federal de Australia declaró que la legislación debía ser interpretada de acuerdo con la definición de discriminación enunciada en el Convenio núm. 111 de la OIT y se fundamentó en los pronunciamientos de la Comisión de Expertos y de una Comisión de Encuesta de la OIT para establecer que dicho Convenio abarcaba la discriminación indirecta.

II.A.4. Los criterios de discriminación

El Convenio núm. 111 se refiere de forma explícita a siete criterios con base en los cuales no se puede realizar ninguna distinción, exclusión o preferencia en materia de empleo y ocupación (artículo 1(1)(a)). Estos motivos de discriminación ilícitos son raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social. Los órganos de control de la OIT se

⁶⁷ OIT: Estudio especial de 1996 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafo 26.

⁶⁸ *Bilka - Kaufhaus GMBH v. Karin Weber von Hartz*, 13 de mayo de 1986, C-170/84, Rec., 1986, pág. 1607.

encargan de orientar sobre el sistema de secciones que siguen a continuación.

Raza y color

Los términos de «raza» y «color» pertenencia de una persona a una raza o a la pertenencia a pueblos indígenas por un grupo étnico también pueden pertenecer, en realidad.

Aunque el color es una evidente característica, el término también abarca las características que pueden pertenecer, en realidad.

Sexo o género

La discriminación basada en el sexo por pertenecer al sexo masculino o femenino por características biológicas. Por las condiciones médicas resultantes de las diferencias en el sexo. Esta clase de discriminación incluye funciones y responsabilidades diferentes para el género.

¿Qué significado tienen las diferencias biológicas?

Hay diferencias biológicas y se refiere a las diferencias biológicas y las diferencias que existen entre los hombres y mujeres. Las funciones biológicas y varían mucho y están condicionadas también por factores como por el entorno geográfico.

Fuente: Repertorio de recomendaciones (2001), párrafo 3.2

El acoso sexual es una forma de discriminación sobre acoso sexual publicada en el artículo 1(1)(a) del Convenio núm. 111 observó que la mayoría de los casos son de las siguientes:⁶⁹

- cualquier comportamiento basado en el sexo que es no deseado por la persona, o la sumisión implícita, como el acoso *quid pro quo*: o
- un comportamiento que es destinado al género (acoso debido al género).

⁶⁹ Véase Observación general

