

Organismo: Tribunal Administrativo de la OIT
Sentencia núm. 2120 de 15 de julio de 2002⁷⁴

Al examinar una medida de recursos humanos tomada por una organización de las Naciones Unidas, el Tribunal Administrativo de la OIT declaró que «la disposición discrimina indebidamente entre candidatos a un puesto de trabajo con base en el estado matrimonial y las relaciones familiares (...). La discriminación por tales motivos es contraria a la Carta de las Naciones Unidas, a los principios generales de derecho y a los que gobiernan la administración pública internacional, así como los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos. Los principios del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1996) son pertinentes, aunque no obligan estrictamente a dicha organización.» Además, el Tribunal también declaró que «a juzgar por sus propios términos, la lista [de motivos ilícitos recogida en el artículo 26] no tiene un carácter limitado («... cualquier motivo como, por ejemplo, ...») y están prohibidas todas las formas impropias de discriminación. ¿Qué se entiende por discriminación impropia? En el contexto de empleo, por lo menos, esta clase de discriminación se refiere a la delimitación de distinciones entre el personal o los candidatos a un puesto de trabajo con base en características personales irrelevantes.»

En los Estudios generales de la Comisión de Expertos publicados con respecto del Convenio núm. 111, se examina la discriminación con base en varios motivos que no están recogidos explícitamente en el artículo 1(1)(a) de dicho convenio. A continuación, se considera a modo de ilustración el caso de la discriminación basada en la salud:

Por lo general, el estado de salud se considera aún a priori como un elemento esencial de la relación de trabajo. En realidad, no se lo debería tener en cuenta en forma automática, sino tan sólo en la medida en que lo requieran las exigencias específicas de un empleo determinado (...). La consideración del estado de salud física o mental, pasada o presente, de una persona puede entorpecer mucho la aplicación del principio de igualdad en la admisión en el empleo. La invocación del estado de salud como motivo del rechazo de un empleo o de despido, cuando no existe una relación muy estricta entre el estado de salud presente del trabajador y las exigencias profesionales normales que requiere el ejercicio de las funciones correspondientes a un empleo determinado, contradice el espíritu del Convenio. [Puesto en evidencia por los autores del manual]

Fuente: OIT; Estudio especial de 1996 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafo 255

Discriminación por motivos múltiples

Es importante tener presente que una persona puede ser objeto de discriminación con base en más de un motivo, lo que se denomina discriminación múltiple. Esta circunstancia resulta del hecho de que los criterios reconocidos como motivos de discriminación son factores de la identidad de las personas que están interrelacionados y traslapados. En particular, las mujeres se pueden ver afectadas por los efectos compuestos de la discriminación basados en motivos múltiples y, por ejemplo, las indígenas son a menudo objeto de discriminación con base en su sexo y origen indígena.

II.A.5. ¿En qué casos no hay discriminación en el sentido del convenio?

El Convenio núm. 111 establece tres tipos de trato diferente basados en uno de los motivos ilícitos que no se consideran discriminatorios:

- las distinciones basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado (artículo 1(2));

⁷⁴ El texto completo de la sentencia se encuentra disponible en la base de datos TRIBLEX, en <http://www.ilo.org/public/english/tribunal/fulltext/2120.htm>

- las medidas especiales de protección o asistencia, incluyendo las medidas especiales temporales (artículo 5); y
- las medidas tomadas para salvaguardar la seguridad del Estado (artículo 4).

Trato diferencial basado en las calificaciones exigidas para un empleo determinado

Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

Convenio núm. 111, artículo 1(2)

El artículo 1(2) del Convenio núm. 111 es una *lex specialis* del derecho internacional del trabajo con respecto a la norma más general de derecho internacional, que establece que el trato basado en un motivo ilícito no se considera discriminación si existe una justificación objetiva y los medios empleados son proporcionales a la justificación del trato diferenciado.⁷⁵

En los pronunciamientos y documentos de los órganos de control de la OIT se encuentran varios elementos que esclarecen el significado y el alcance del artículo 1(2) de dicho Convenio.⁷⁶

- el artículo 1(2) se debe interpretar de manera restrictiva;
- puede ser justificada la exigencia de una calificación específica para un determinado empleo, si ésta es necesaria debido a las características y la propia naturaleza del empleo determinado en cuestión y proporcional a las calificaciones exigidas;
- la aplicación sistemática de calificaciones relacionadas con un motivo de discriminación, o más de uno, es inadmisibles, ya que el concepto de «empleo determinado» se refiere a un empleo, función o trabajo específico y definible y, por lo tanto, es necesario realizar un examen minucioso de cada caso individual.

Los siguientes fragmentos de un informe de una Comisión de Encuesta de la OIT también contribuyen a delimitar el significado y el alcance de la disposición del Convenio núm. 111 relativa a las calificaciones exigidas para un empleo determinado.

⁷⁵ I. Brownlie: *Principles of Public International Law*, cuarta edición, Clarendon, Oxford, 1990, pág. 599 (disponible únicamente en inglés).

⁷⁶ OIT: Estudio general de 1988 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafos 124-133; OIT: Estudio especial de 1996 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafos 118-122.

Extracto del informe de la Comisión de Encuesta de la OIT sobre el artículo 26 de la Constitución de Alemania del Convenio sobre el Empleo Determinado (núm. 111)

531. (...) distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no constituyen una discriminación. En el original alemán, el artículo 1(2) del Convenio sobre el Empleo Determinado (núm. 111) establece que el trato basado en un motivo ilícito no se considera discriminación si existe una justificación objetiva y los medios empleados son proporcionales a la justificación del trato diferenciado. En la versión inglesa, se define en la siguiente manera: «trato basado en un motivo ilícito no se considera discriminación si existe una justificación objetiva y los medios empleados son proporcionales a la justificación del trato diferenciado». Las palabras «trato basado en un motivo ilícito» y «trato basado en un motivo ilícito» expresan la misma idea. Por consiguiente, el artículo 1(2) del Convenio establece que el trato basado en un motivo ilícito no se considera discriminación si existe una justificación objetiva y los medios empleados son proporcionales a la justificación del trato diferenciado. Este artículo del Convenio se refiere a los derechos reconocidos en el artículo 1(2) del Convenio. La limitación dada no basta con justificar el trato diferenciado. Es necesario tomar medidas para eliminar las limitaciones en la cláusula citada. Las medidas decididas o adoptadas deben ser proporcionales a la justificación. Dicho de otro modo, la limitación dada no basta con justificar el trato diferenciado.

Fuente: OIT: *Boletín Oficial*, Suplemento, 1996, págs. 118-122.

Calificaciones exigidas para un empleo determinado

- Se pueden hacer distinciones relacionadas con una calificación para puestos de trabajo en la parte pública realicen chequeos a pasajeros.
- En ciertas circunstancias la limitación dada no basta con justificar el trato diferenciado para ocupar determinados puestos relacionados con responsabilidades oficiales.

⁷⁷ Para obtener más información sobre el artículo 26 de la Constitución de Alemania del Convenio sobre el Empleo Determinado, véase el informe de la Comisión de Encuesta de la OIT, *op. cit.*, párrafos 118-122.

Extracto del informe de la comisión de encuesta establecida en virtud al artículo 26 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, para que examine el cumplimiento por parte de la República Federal de Alemania del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)

531. (...) distinciones, exclusiones o preferencias que afecten a un individuo en el empleo o la ocupación no constituyen una discriminación si se basan en las calificaciones exigidas para un empleo determinado. En el *Oxford English Dictionary*, la palabra *inherent*, utilizada en la versión inglesa, se define en la forma siguiente: «que existe en algo como atributo o calidad permanente; que constituye un elemento, en especial un elemento esencial, de algo; intrínseco; esencial». Las palabras utilizadas en la versión francesa (*«qualifications exigées»*) expresan la misma idea. Por consiguiente, toda limitación que se quiera incluir en la excepción establecida en el párrafo 2 del artículo 1 del Convenio deberá ser necesaria por la índole misma del empleo de que se trate. En los instrumentos internacionales de derechos humanos se recurre ampliamente al concepto de «necesidad» como criterio que restringe las excepciones a los derechos reconocidos en ellos. Además, para determinar si es realmente necesaria una limitación dada no basta con indagar si se dan unas circunstancias tales que pueda ser necesario tomar medidas para alcanzar una finalidad con respecto a la cual se autorizan limitaciones en la cláusula citada. Se debe considerar también si la forma y la amplitud de las medidas decididas o adoptadas guardan la debida relación con las exigencias de la situación. Dicho de otro modo, la limitación tiene que estar proporcionada a la finalidad que se persigue.

Fuente: OIT: *Boletín Oficial*, Suplemento 1, vol. LXX, 1987, Serie B

Calificaciones exigidas para un empleo determinado⁷⁷

- Se pueden hacer distinciones basadas en el sexo con respecto a empleos que se consideran relacionados con una determinada intimidad física (por ejemplo, la reserva de varios puestos de trabajo en la policía de aeropuertos para funcionarios del sexo femenino que realicen cacheos a pasajeras).
- En ciertas circunstancias limitadas, la opinión política puede ser una calificación legítima para ocupar determinados puestos superiores de la administración, como, por ejemplo, los relacionados con responsabilidades especiales en el área de elaboración de la política oficial.

⁷⁷ Para obtener más información y ejemplos, véase OIT: Estudio especial de de 1996 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafos 118-122.

Se consideran las siguientes sentencias de Madagascar:

País: Madagascar

Dugain y otros c. Compagnie Air Madagascar, Tribunal Supremo de Madagascar, 5 de septiembre de 2003, sentencia núm. 231

Un convenio colectivo aplicado al personal de vuelo fijaba la edad de jubilación para los trabajadores del sexo femenino a los 45 años y a los 50 para el sexo masculino. Esta diferencia de trato suponía una pérdida sustancial de ingresos para las mujeres. En este caso, el Tribunal Supremo de Madagascar aplicó directamente el Convenio núm. 111 de la OIT y la CEDAW, anuló el fallo de la Corte de Apelaciones y revirtió el caso, fallando de la siguiente manera: «Según el significado de los tratados internacionales pertinentes, la estipulación de un límite de edad o restricción basado en el sexo no constituye de por sí una discriminación, pero dicha estipulación sólo se podría justificar si el empleador pudiera demostrar que el límite de edad impuesto con base en el sexo constituía una calificación exigida para el empleo.» El tribunal consideró que, en este caso determinado, el empleador no había logrado demostrar que el límite de edad específico impuesto a las mujeres estaba justificado por razones de seguridad y consideró por lo tanto que la diferencia de trato era discriminatoria.

País: Madagascar

Ramiaranjatoto Jean-Louis c. Fitsaboana Maso, Tribunal Laboral de Antsirabe, 7 de junio de 2004, núm. 58

En este caso, el Tribunal Laboral de Antsirabe aplicó el Convenio núm. 111 de la OIT para llegar a la conclusión de que el despido de un empleado por parte de una institución religiosa había sido discriminatorio. El trabajador en cuestión había sido contratado como estadístico y fue cesado debido al cambio de religión experimentado después de contraer matrimonio con una mujer de otra creencia religiosa. El Tribunal se basó en el artículo 1(2) del Convenio núm. 111 para determinar que la religión no era una calificación exigida para realizar el trabajo de estadístico y, por lo tanto, el despido fue declarado discriminatorio.

Medidas especiales de protección o asistencia

Cada miembro puede(...) definir como no discriminatorias cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial.

Convenio núm. 111, artículo 5(2)

Varios Convenios y Recomendaciones de la OIT exigen o recomiendan medidas especiales, como, por ejemplo, las que se toman en nombre de pueblos indígenas y tribales, personas inválidas o de edad y trabajadores con responsabilidades familiares o las destinadas a proteger la maternidad. También se pueden establecer disposiciones de esta clase a nivel nacional, previa consulta con organizaciones de trabajadores y empleadores (artículo 5).

El concepto de medidas especiales es de carácter dinámico, ya que la necesidad de medidas de protección, o lo que se percibe como necesidad, varía con el tiempo, a menudo a la vez que el desarrollo científico y tecnológico y los cambios en la actitud social.

Restricciones de horas ex

La Comisión de Expertos de... extraordinarias aplicada a to... maternidad contenida en la L... tenido un impacto en la aplic... las mujeres una posición exc... varias revisiones legislativas... revisada Ley de Normas de... mujer tan sólo durante un pe...

En ciertas ocasiones, puede... justificadas en virtud de las c... proteger o si tales medidas co...

En este caso, es posible que... legalidad de las medidas de... especial de 1996 de la Comi...

«En razón de la meta de prote... adoptarse proporcionalmente... o de la discriminación efectiv... llegarse a la conclusión de qu... exclusiones o preferencias en... las medidas especiales debe... teniendo sentido y son efica...

Medidas especiales transitorias

Ciertas medidas especiales se... compensar situaciones de... ocasiones, «medidas especia... ejemplo, algunos países han... de la función pública hasta q... Expertos ha destacado que:

«No olvidemos que la finalida... por las discriminaciones que... por ende, son de carácter tra...

El Comité para la Eliminac... recomendación general sobre... de género.⁸¹

⁷⁸ Véase Observación de 2005... Corea.

⁷⁹ OIT: Estudio especial de 199...

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Comité para la Eliminación d... sobre medidas especiales de car...

Restricciones de horas extraordinarias para las mujeres

La Comisión de Expertos observó en el año 2001 que una restricción general de horas extraordinarias aplicada a todas las mujeres, sin estar relacionada con la protección a la maternidad contenida en la Ley de Normas de Trabajo de la República de Corea, podría haber tenido un impacto en la aplicación completa del Convenio núm. 111, ya que parecía atribuir a las mujeres una posición excesivamente desfavorable en el mercado de trabajo. Después de varias revisiones legislativas, la Comisión observó con satisfacción en el año 2005 que la revisada Ley de Normas de Trabajo limita las horas extraordinarias que puede realizar una mujer tan sólo durante un periodo de un año después del parto.⁷⁸

En ciertas ocasiones, puede ser difícil determinar si las medidas de protección están justificadas en virtud de las calificaciones y necesidades de las personas y grupos que deben proteger o si tales medidas constituyen en realidad una discriminación.

En este caso, es posible que se recurra a las cortes y tribunales con el fin de determinar la legalidad de las medidas de protección y, en tales casos, el siguiente fragmento del Estudio especial de 1996 de la Comisión de Expertos adquiere un interés particular:

«En razón de la meta de protección y asistencia que persiguen, estas medidas especiales deben adoptarse proporcionalmente a la naturaleza y al alcance de la protección que deben depararse o de la discriminación efectiva. Si se examinan atentamente algunas de estas medidas puede llegarse a la conclusión de que, en realidad, son capaces de instituir o autorizar distinciones, exclusiones o preferencias en el sentido del artículo 1 del Convenio. (...) Una vez adoptadas, las medidas especiales deberían examinarse periódicamente para verificar que aún siguen teniendo sentido y son eficaces.»⁷⁹

Medidas especiales transitorias

Ciertas medidas especiales se introducen con el fin de atajar una discriminación actual o para compensar situaciones de discriminación pasadas. Estas medidas se denominan, en ocasiones, «medidas especiales transitorias», «medidas positivas» o «acción positiva». Por ejemplo, algunos países han introducido un trato preferente para las mujeres en la contratación de la función pública hasta que se alcance cierto nivel de igualdad de género. La Comisión de Expertos ha destacado que:

«No olvidemos que la finalidad de tales medidas es restablecer los desequilibrios provocados por las discriminaciones que afectan a determinados trabajadores o a ciertos sectores, y que, por ende, son de carácter transitorio.»⁸⁰

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha publicado una recomendación general sobre medidas especiales transitorias orientadas a alcanzar la igualdad de género.⁸¹

⁷⁸ Véase Observación de 2005 de la Comisión de Expertos relativa al Convenio núm. 111, República de Corea.

⁷⁹ OIT: Estudio especial de 1996 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafo 136.

⁸⁰ *Ibidem.*

⁸¹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Recomendación general 25 (2004) sobre medidas especiales de carácter temporal.

