

Medidas para salvaguardar la seguridad del Estado

No se consideran como discriminatorias las medidas que afecten a una persona sobre la que recaiga sospecha legítima de que se dedica a una actividad perjudicial a la seguridad del Estado, o acerca de la cual se haya establecido que de hecho se dedica a esta actividad, siempre que dicha persona tenga el derecho a recurrir a un tribunal competente conforme a la práctica nacional.

Convenio núm.111, artículo 4

El artículo 4 del Convenio núm. 111 permite que los Estados tomen ciertas medidas para proteger la seguridad del Estado, sin entrar en conflicto con el principio de no discriminación. En el marco del control llevado a cabo por la OIT, esta disposición se ha invocado principalmente en relación al motivo ilícito de opinión política. Los órganos de control han establecido varios principios que no deben ser olvidados a la hora de aplicar esta disposición:⁸²

- el artículo 4 constituye una cláusula de excepción y, en consecuencia, se debe aplicar *stricto jure* si no se desea que conduzca a una limitación indebida de la protección que quiere asegurar el Convenio núm. 111;
- el artículo 4 abarca las medidas adoptadas con respecto a las actividades de una persona que justifiquen una sospecha legítima o una condena y, a estos fines, no es suficiente la mera pertenencia a un grupo o comunidad determinado;
- el artículo 4 se aplica a actividades para las que existen pruebas o una sospecha justificada por elementos consistentes y precisos;
- las medidas permitidas en concordancia con el artículo 4 deben estar suficientemente bien definidas y delimitadas.

En los comentarios sobre el fallo del Tribunal Constitucional de Bulgaria del 27 de julio de 1992, la Comisión de Expertos recordó «que la aplicación de medidas destinadas a proteger la seguridad del Estado se debe examinar teniendo en cuenta los efectos que determinadas actividades pueden tener sobre el ejercicio efectivo del empleo, de la función o de la ocupación de la persona de que se trate. Si tal no es el caso, existe el peligro, e incluso la probabilidad, de que esas medidas faciliten distinciones y exclusiones basadas en la opinión política o la religión, lo cual es contrario al Convenio».⁸³

Además de las condiciones esenciales anteriormente expuestas, el artículo 4 dispone que la persona interesada debe disfrutar del derecho de apelación ante un organismo competente y la Comisión de Expertos ha descrito este derecho de la forma siguiente:

«Es importante que la autoridad ante la cual se presente el recurso esté fuera del ámbito administrativo o gubernamental y ofrezca garantías de objetividad e independencia. Además, dicha autoridad debe ser competente para conocer los motivos por los cuales se adoptó una medida de esa naturaleza contra el demandante, y permitirle a este último estar en condiciones de presentar cabalmente su defensa.»⁸⁴

II.A.6. La carga de la prueba

La protección jurídica que emana de las disposiciones fundamentales relativas a la igualdad de oportunidades y trato depende de la existencia de procedimientos judiciales eficaces, que

⁸² Véase OIT: Estudio general de 1988 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafos 134-138; y OIT: Estudio especial de 1996 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafos 123-129.

⁸³ *Ibidem*, párrafo 197.

⁸⁴ *Ibidem*, párrafo 129.

pueden ser invocados por las que las reglas procesales discriminatorias a establecer reconocido como un obstáculo particularmente, cuando la d o implícita (véase lo anterior

A fin de hacer frente a esta procesales invirtiendo o trans permite a las víctimas de d ordenamientos jurídicos. la n existe una apariencia de disc entonces tiene que demostrar no relacionadas con ningún

Transferencia de la carga

- La normativa de la Unión víctimas de un trato inju ellas, establecen hecho discriminación directa o violación de dicho princ
- Según el derecho suda demuestra que ha existi establezca que este trata

La cuestión de la carga de la donde le compete al órgano base en sus propias inv administrativos, incluyendo lo que se realizan ante órganos

Instrumentos de la OIT rela

La cuestión de la carga de relativas a la terminación del la empresa y la protección d discriminación.

El Convenio sobre la termina raza, color, sexo, estado ascendencia nacional u orig del empleo, a la vez que de

⁸⁵ OIT: Estudio general de 19

⁸⁶ Directiva del Consejo 97/80 relacionados con discriminación 2000 relativa a la aplicación de racial o étnico; y Directiva de establecimiento de un marco g

⁸⁷ Véase *Employment Equity A*

pueden ser invocados por las personas que se consideren objeto de discriminación. El hecho de que las reglas procesales aplicables obligan frecuentemente a la parte que alega la discriminación a establecer los hechos que prueban que ésta ha ocurrido en realidad, ha sido reconocido como un obstáculo importante a la resolución eficaz de los casos de discriminación, particularmente, cuando la discriminación ocurre en sus formas más sutiles, como la indirecta o implícita (véase lo anteriormente expuesto).⁸⁵

A fin de hacer frente a esta dificultad, cada vez hay más países que han introducido reglas procesales invirtiendo o transfiriendo la carga de prueba al demandado, como una medida que permite a las víctimas de discriminación la invocación eficaz de sus derechos. En algunos ordenamientos jurídicos, la regla que se aplica es que si el demandante puede establecer que existe una apariencia de discriminación, la carga de prueba se transfiere al demandado, quien entonces tiene que demostrar que el trato diferente estaba basado en consideraciones objetivas no relacionadas con ningún motivo de discriminación ilícito.

Transferencia de la carga de la prueba

- La normativa de la Unión Europea dispone que, cuando las personas que se consideran víctimas de un trato injusto, porque el principio de igualdad de trato no se ha aplicado a ellas, establecen hechos a partir de los cuales se puede suponer que ha habido discriminación directa o indirecta, es obligación del demandado probar que no ha habido violación de dicho principio.⁸⁶
- Según el derecho sudafricano, se supone que existe discriminación si el reclamante demuestra que ha existido un trato diferente y, en tal caso, se exige que el demandado establezca que este tratamiento estaba justificado.⁸⁷

La cuestión de la carga de la prueba tiene un carácter menos esencial en los procedimientos donde le compete al órgano que resuelve el caso establecer si ha ocurrido discriminación con base en sus propias investigaciones. Esto acontece a menudo en procedimientos administrativos, incluyendo los procedimientos aplicados por las inspecciones de trabajo o los que se realizan ante órganos especializados en el campo de la igualdad.

Instrumentos de la OIT relativos a la carga de la prueba

La cuestión de la carga de la prueba se considera explícitamente en las normas de la OIT relativas a la terminación del empleo, la protección de los representantes de los trabajadores en la empresa y la protección de la maternidad, tres áreas en las que surge frecuentemente la discriminación.

El Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158), dispone que la raza, color, sexo, estado civil, cargas de familia, embarazo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social no deben constituir razones válidas para la terminación del empleo, a la vez que determina el principio por el que el trabajador no «está obligado a

⁸⁵ OIT: Estudio general de 1988 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafos. 224-225.

⁸⁶ Directiva del Consejo 97/80/CE del 15 de diciembre de 1997 relativa a la carga de la prueba en casos relacionados con discriminación fundada en el sexo; Directiva del Consejo 2000/43/CE de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas sin distinción de origen racial o étnico; y Directiva del Consejo 2000/78/CE de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en materia de empleo y ocupación.

⁸⁷ Véase *Employment Equity Act*, 1998, sección 11.

asumir por su sola cuenta la carga de la prueba de que su terminación fue injustificada» (artículo 9).⁸⁸

La Recomendación sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (núm. 143), sugiere que, entre las medidas que garantizan una protección eficaz de los representantes de los trabajadores, se podría incluir la de «imponer al empleador, cuando se alegue que el despido de un representante de los trabajadores o cualquier cambio desfavorable en sus condiciones de empleo tiene un carácter discriminatorio, la obligación de probar que dicho acto estaba justificado» (párrafo 6 (2)(e)).

El Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000, (núm. 183), prevé que « [L]a carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador» (artículo 8).

Tanto la Comisión de Expertos como el Comité de Libertad Sindical consideran que la inversión de la carga de la prueba en casos de discriminación es una medida importante para asegurar una protección eficaz contra la discriminación en materia de empleo y ocupación, tal como exigen los convenios de la OIT relativos a la igualdad y la libertad sindical.⁸⁹

En ausencia de legislación específica en este aspecto, las cortes y tribunales de varios países han tomado la iniciativa y han invertido la carga de la prueba en los casos en los que ha habido alegaciones de discriminación en materia de empleo y ocupación.

País: España

Tribunal Constitucional de España, Recurso de amparo, 23 de noviembre de 1981, núm. 38/1981

Al referirse a la Recomendación núm. 143 y siguiendo las decisiones del Comité de Libertad Sindical de la OIT, el Tribunal Constitucional de España consideró que la protección eficaz del derecho constitucional de libertad sindical exigía la inversión de la carga de la prueba al empleador, en aquellos casos en los que se hubiera alegado discriminación antisindical.

II.A.7. Compensaciones apropiadas para eliminar de manera efectiva la discriminación

La determinación de una compensación apropiada es una de las tareas que corresponde a las cortes y los tribunales en el tratamiento de casos de discriminación. En algunos ordenamientos jurídicos, la determinación por parte del tribunal de que un acto u omisión constituye una discriminación ocasiona una consecuencia jurídica automática (por ejemplo, cuando la legislación o jurisprudencia establece que los actos o disposiciones discriminatorios de contratos individuales o convenios colectivos son nulos o inválidos). Cuando los actos, omisiones o situaciones discriminatorias son de naturaleza continua, es necesario ordenar su terminación. Además, es posible que el tribunal tenga que decidir sobre la revocación de las consecuencias del acto u omisión de carácter discriminatorio (por ejemplo, el pago retroactivo de remuneración). En este aspecto, el derecho y la práctica nacionales pueden variar considerablemente, en particular con respecto a los daños y perjuicios y la readmisión en caso de despido.

⁸⁸ Véase OIT: *Protección contra el despido injustificado, Estudio general relativo al Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158) y la Recomendación (núm. 166), 1982, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 82.ª reunión, Ginebra, 1995, párrafos 196-217.*

⁸⁹ En lo referente a la Comisión de Expertos, véase OIT: *Estudio especial de 1996, op. cit.*, párrafos 230 y 231 y OIT: *Libertad sindical y negociación colectiva: Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de los Convenios y Recomendaciones, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 81.ª reunión, Ginebra, 1994, párrafos 217-218.* En lo referente al Comité de Libertad Sindical, véase caso núm. 673, Informe 130, *Boletín Oficial*, vol. LV, 1972, S, párrafo 65.

Desde el punto de vista del
aspectos importantes a la tr

- 1) se deben eliminar las
empleo y ocupación: y
- 2) las sanciones deben ten

[L]a persona que sea víctima
adecuada que, al mismo ti
sentir la tentación de disc
procedimiento, un trabajad
**ejemplo, una legislación
práctica permita al emp
víctima de discriminaci
protección adecuada. [P**

Fuente: OIT: Estudio especial

Las compensaciones por t
Convenio núm. 158 son la
despido injustificado es di
trabajador, la Comisión de
resarce el perjuicio de ma
Aunque dicha readmisión
trabajador, es un fuerte in
discriminación. Allí donde
posible que sí prevenga l
conllevar la readmisión del

[L]a Comisión estima que
fundamental debería ten
trabajador, tanto desde el
generalmente la readmisión
y con el mantenimiento de
indemnización no está p
trabajador, sería convenie
en un motivo que menc
perjuicio sufrido y sean n

Fuente: OIT, Estudio general

País: Sudáfrica

Jacques Charl Hoffm
de septiembre de 2000

En este caso, el Tribu
una persona que había
el artículo 2 del Con
compensación adecua

⁹⁰ Véase OIT Estudio gene

Desde el punto de vista del derecho internacional del trabajo, se deben tener en cuenta dos aspectos importantes a la hora de tomar una decisión con respecto a la compensación:

- 1) se deben eliminar las consecuencias discriminatorias de la discriminación en materia de empleo y ocupación; y
- 2) las sanciones deben tener un efecto disuasorio sobre el posible discriminador.

[L]a persona que sea víctima de una discriminación debería beneficiarse de una compensación adecuada que, al mismo tiempo, tenga un efecto disuasorio para las personas que pudieran sentir la tentación de discriminar. Conviene tener presente que, al recurrir a ese tipo de procedimiento, un trabajador se enfrenta a riesgos tanto materiales como morales. **Así por ejemplo, una legislación que contenga disposiciones protectoras pero que en la práctica permita al empleador poner fin al contrato de un trabajador que haya sido víctima de discriminación, pagándole una simple indemnización, no confiere una protección adecuada.** [Puesto en evidencia por los autores del manual]

Fuente: OIT: Estudio especial de 1996 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafo 233

Las compensaciones por terminación injustificada de la relación de trabajo recogidas en el Convenio núm. 158 son la readmisión o la adecuada indemnización económica. Cuando el despido injustificado es discriminatorio y, por lo tanto, viola un derecho fundamental del trabajador, la Comisión de Expertos considera que una mera indemnización económica no resarce el perjuicio de manera adecuada y que la readmisión sería la mejor compensación. Aunque dicha readmisión no es siempre posible, o no es siempre la solución deseada por el trabajador, es un fuerte incentivo para que los empleadores se abstengan de practicar la discriminación. Allí donde la ley no prevé la posibilidad de readmisión de manera explícita, es posible que sí prevenga la nulidad del acto de terminación discriminatoria, la cual debe conllevar la readmisión del trabajador.⁹⁰

[L]a Comisión estima que la reparación en caso de terminación que menoscabe un derecho fundamental debería tener como objetivo la reparación íntegra del perjuicio sufrido por el trabajador, tanto desde el punto de vista financiero como profesional, y la mejor solución es generalmente la readmisión del trabajador en sus funciones con una indemnización retroactiva y con el mantenimiento de sus derechos adquiridos. (...) Cuando la readmisión como forma de indemnización no está prevista, no resulta posible o no es la solución deseada por el trabajador, sería conveniente que las indemnizaciones concedidas por una terminación basada en un motivo que menoscaba un derecho humano fundamental guarden relación con el perjuicio sufrido y sean más elevadas que cuando se trata de otros tipos de terminación.

Fuente: OIT, Estudio general de 1995 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafo 232

País: Sudáfrica

Jacques Charl Hoffmann v. South African Airways, Tribunal Constitucional de Sudáfrica, 28 de septiembre de 2000, caso núm. CTT 17/00

En este caso, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica ordenó al demandado que contratara a una persona que había rechazado anteriormente por motivos discriminatorios. Basándose en el artículo 2 del Convenio núm. 111 de la OIT, este Tribunal consideró que ésta era la compensación adecuada para eliminar la discriminación sufrida.

⁹⁰ Véase OIT Estudio general de 1995 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafos 218-232.

II.B. Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100)⁹¹

El objetivo del Convenio núm. 100 es garantizar que los hombres y las mujeres reciben una remuneración igual por un trabajo de igual valor.

Las mujeres, como colectivo, continúan recibiendo una remuneración menor que los hombres a nivel global. Existen varios factores responsables de la persistencia de la diferencia de remuneración entre géneros y muchos de ellos están relacionados con la discriminación.

Causas del diferencial de remuneración entre géneros

- Diferentes cantidades de tiempo dedicado al trabajo – muchas mujeres pasan periodos sin trabajar para cuidar de hijos o familiares.
- No es frecuente contratar a mujeres para ocupar puestos de gestión o directivos de alta remuneración.
- La mayoría de las mujeres ganan menos que los hombres, ya que realizan trabajos eventuales o a tiempo parcial.
- Los empleos con una proporción alta de mujeres conllevan una menor remuneración que los que registran una proporción mayor de hombres.
- Las calificaciones profesionales de las mujeres se subestiman a menudo, ya que se las considera como características femeninas naturales y no como competencias laborales.
- Los empleos y calificaciones profesionales de las mujeres se consideran de menor valor, especialmente en los sectores de asistencia sanitaria, enfermería, puericultura y educación.
- No es frecuente que las mujeres reciban igual cantidad de beneficios o prestaciones que los hombres, tales como complementos de vivienda o dividendos.
- Las mujeres reciben a menudo un nivel inferior de dividendos o complementos adicionales.

Fuente: Texto adaptado de *EI/PSI, Pay Equity Awareness Raising Modules* (2002)

Las acciones judiciales relacionadas con la igualdad de remuneración pueden implicar varias situaciones de hecho, que incluyen con frecuencia reclamaciones hechas por trabajadoras individuales, o grupos de ellas, en las que declaran que la remuneración recibida ha sido fijada o pagada de manera discriminatoria, ya que realizan el mismo trabajo que sus homólogos del sexo masculino.

Sin embargo, las reclamaciones en materia de igualdad de remuneración surgen cada vez más en situaciones donde los hombres y las mujeres desempeñan trabajos que conllevan tareas y responsabilidades distintas, pero que, no obstante, se consideran del mismo valor. El principio afirmado por el Convenio núm. 100 permite esta clase de reclamaciones (véase más adelante). En realidad, este hecho es crucial para eliminar la discriminación en materia de remuneración, la cual es el resultado de la subestimación discriminatoria de los trabajos realizados por las mujeres.

Las disposiciones de este Convenio y los pronunciamientos y documentos de los órganos de control de la OIT pueden servir de ayuda, *inter alia*, cuando:

- la legislación no contiene ninguna disposición relativa a la discriminación en materia de empleo y ocupación;

⁹¹ Con el fin de evitar cualquier confusión sobre el ámbito de aplicación de este instrumento, es importante resaltar que el Convenio núm. 100 trata de la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y femenina para un trabajo de igual valor, tal como indicado en su título completo. Dicho Convenio no abarca por consiguiente las diferencias de trato en materia de remuneración que estarían basados en otros criterios tales como la raza, el color o la ascendencia nacional. Tales situaciones podrían ser en cambio tratadas mediante la aplicación del Convenio núm. 111.

- la legislación contiene un
- disposiciones específicas
- las disposiciones de igual
- restrictivas que el principio
- la legislación pertinente ex

II.B.1. ¿Cuáles son las oblig

El artículo 2(2) del Convenio n

- la legislación nacional;
- cualquier sistema para la
- legislación;
- contratos colectivos celeb
- la acción conjunta de estr

Según el artículo 2 de este Co

El Estado debe promover la

Aunque no existe una oblig

Fuente: OIT, Estudio general d

También existe una oblig

