

LA EVOLUCIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO LABORAL COMPARADO Y EN ARGENTINA.

ANDREA FABIANA MAC DONALD*

I-INTRODUCCIÓN:

En el presente análisis, exponemos uno de los temas de importancia como es la discriminación en el derecho laboral, siendo la misma una problemática de nuestros días, cuando la misma se hace presente como una causal de despido injustificado para el trabajador, haciendo expresa mención del derecho comparado, el rol de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) llegando a nuestra legislación vigente, finalizando con nuestras consideraciones finales.

II-NOCIÓN DE DISCRIMINACIÓN – LA DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.

La discriminación constituye una exclusión del trabajador en el mercado laboral, apartándolo de toda posibilidad de obtener un empleo decente y digno para su supervivencia, originando costos sociales y económicos de gran envergadura.

MASSINI CORREAS manifiesta que *“el empleo del término discriminar es neutro, debido a que, en principio, efectuar distinciones o diferenciaciones (también entre personas) no tiene por qué llevar aparejadas connotaciones positivas o negativas, siendo su más amplio sentido etimológico el acto de distinguir entre dos objetos, sensibles o no sensibles o bien al acto de colocar aparte un objeto entre otros del mismo género”*.¹

En otro sentido, BARRERE UNZETA señala que *“discriminar ha adquirido en el discurso jurídico del siglo XX connotaciones peyorativas que acercan su significado al de las palabras parcialidad, prejuicio, favoritismo, fanatismo, intolerancia. En esta última acepción, discriminar significará distinguir o diferenciar pero incluyendo dentro del concepto una valoración negativa de la acción”*.²

* Jefa de Trabajos Prácticos de la cátedra Análisis Económico y Financiero- Jefa de Trabajos Prácticos de la cátedra Elementos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Buenos Aires – Facultad de Derecho. Master en Derecho y Economía (tesis en preparación) – Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires.

¹ Ver Massini Correas, Carlos I.: “Algunas precisiones semánticas sobre la noción jurídica de discriminación”. ED, 189 – 691.

² Ver Barrere Unzeta, María A.: “Discriminación. Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres”. IVAP. Organismo autónomo del gobierno Vasco. Cuadernos Civitas. Editorial Civitas SA – 1997 – Madrid, España. Pág. 21.

GARCIA MARTINEZ manifiesta que “*la discriminación es el rompimiento voluntario o doloso del principio de igualdad*”³, lo cual nos lleva a la mera conclusión que la discriminación implica la ruptura del vínculo laboral de parte del empleador, basada en una acción intencional capaz de afectar al trabajador violando el principio constitucional de la igualdad previsto en el artículo 16 de la Constitución Nacional.⁴

Los países europeos prevén a la discriminación en sus diversas legislaciones laborales remarcando el principio de igualdad como requisito esencial para eliminar conductas tendientes a diferenciar o distinguir trabajadores en el mercado laboral.

1-BÉLGICA: La constitución belga del año 1974 modificada luego en 1994, hace referencia al principio de igualdad en sus artículos 10,11 y 23. En materia laboral, Bélgica cuenta con una específica legislación del año 1999 que dispone la igualdad de trato entre hombres y mujeres que traspone las Directivas Comunitarias de 1996 y 1997 en materia de igualdad.

La ley laboral belga establece el principio de igualdad de trato en el acceso al trabajo, la promoción, la posibilidad de obtener una profesión independiente en las condiciones de trabajo así como los regímenes complementarios de la Seguridad Social.

Dicha legislación hace una plena referencia a dos tipos de discriminación:

a- Directa: La misma existe cuando una diferencia de trato se basa directamente sobre el sexo, el embarazo, parto o maternidad.

b- Indirecta: Es cuando existe una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros que afectan a una proporción netamente superior de personas de un sexo.

La legislación laboral belga prevé además que las disposiciones relativas a la protección del embarazo y la maternidad no constituyen discriminación, sino que son una condición para la realización de la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

2-CANADA: El Tribunal Supremo de Canadá en el caso *Andrews vs. The BC Law Society* (1989) afirmó que la discriminación ocurre cuando una ley tanto por su finalidad, intención como por su efecto, impone una ventaja a los miembros de grupos sociales en comparación con otros miembros de la sociedad.

La Ley canadiense de Derechos Humanos se aplica en el ámbito laboral, dado que prohíbe a la discriminación en el empleo, imponiendo la necesidad del acceso al trabajo, a los acuerdos de promoción y evaluación del trabajo; dicha legislación considera que la discriminación como toda forma de exclusión o negación al acceso a un empleo constituyendo una diferenciación adversa.

³ García Martínez, Roberto: “Derecho del Trabajo y de la seguridad social”. Ad Hoc – 1998.

⁴ Comentario de la autora.

Surge en el año 1995 la Ley de Equidad Laboral cuya finalidad es realizar la igualdad en el ámbito del empleo, de manera que a ninguna persona se le nieguen oportunidades o beneficios en el empleo por razones no relacionadas con la destreza en el mismo.

El objetivo perseguido por la Ley de Equidad Laboral es la de corregir las condiciones de desventaja en el mundo laboral que afectan entre otros, a las mujeres, mediante el principio de equidad laboral y obliga al empleador aplicar el principio de equidad laboral en los siguientes supuestos:

1-Identificando y eliminando barreras laborales de sus sistemas, políticas y prácticas de empleo que afectan a las personas y grupos sociales.

2-En la preparación de un plan de equidad laboral especificando las medidas de prácticas y políticas positivas que adoptará en la contratación, promoción y formación, especificando las medidas que se adoptarán para eliminar las barreras laborales.

3-SUECIA: En este país, existe una legislación antidiscriminatoria específica en materia laboral del año 1991, estableciendo la igualdad de derechos entre hombres y mujeres en el trabajo, las condiciones de empleo y actividades laborales.

Establece la igualdad en materia salarial entre hombres y mujeres que realizan trabajos de igual categoría laboral. La legislación laboral sueca recoge las acciones positivas en la contratación y promoción del personal trabajador, imponiéndose al empleador la obligación de una igual distribución entre hombres y mujeres de los diversos tipos de trabajo y de las diversas categorías laborales.

La jurisprudencia del Tribunal de la Unión Europea se ha ocupado sobre el tema de la discriminación, haciendo hincapié en la individualización de conductas discriminatorias de motivo mixto o multicausal. Asimismo, la Constitución Europea (CE) contiene normas referidas a la discriminación por razones de sexo y la Directiva 75/117 establece la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.

4-ESTADOS UNIDOS: Surge en el derecho americano el término “derecho antidiscriminatorio” que tiene sus orígenes a mediados del siglo XX, advirtiéndose el problema racial entre blancos y negros en materia de contratación laboral.

Es así como el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, comienza a advertir la existencia de la discriminación que cometían de manera intencional las empresas al momento de contratar personal.

Dentro de la jurisprudencia americana se advierte la existencia de las denominadas “disparate treatment” y “disparate impact”. Las “disparate treatment” se constituyen en el caso que el empleador o empresa otorga a algunas personas un trato diferente frente a otras cuyo motivo radica en una razón de índole racial, religiosa, sexo o social.

En tanto que las “disparate impact” suceden cuando en un primer momento el empleador efectúa un acto neutral, el mismo tendrá un impacto más contundente sobre un grupo de personas determinado frente a otros, el cual dicho efecto no es razonable por la mera necesidad del giro comercial de la empresa.

La Corte de los Estados Unidos ha desempeñado un rol importante en materia de discriminación ya que la misma brinda la aplicación de un criterio más protectorio en los casos de conductas discriminatorias cometidas por los empleadores, protegiendo a los trabajadores de dichas conductas.

Merece expresa mención de dos casos de jurisprudencia del derecho americano y son los siguientes:

1-El caso “National Railroad Passenger Corporation vs. Morgan” en el cual el demandante era un trabajador de raza afro-americano iniciando acciones legales contra la empresa y contra el Departamento de Igualdad en el Empleo, invocando ser discriminado debido a los actos de desprecio, alegando que tanto la empleadora como el Departamento habían creado un clima laboral adverso y desfavorable en su actividad laboral.

Llegado el caso a la Corte, la misma consideró que *“un ambiente de trabajo racialmente hostil es una práctica laboral discriminatoria constituida por un número de actos sucesivos y articulados intencionalmente en contra del empleado y que si cualquiera de esos actos había ocurrido dentro del plazo para accionar era suficiente para considerar la demanda temporalmente bien deducida”*.⁵

2-El caso “Chevron USA Inc. v. Echazabal” en donde la Corte expreso que *“la discriminación deja a cubierto un número de prácticas que un empleador puede ejercer para impedir el acceso o el ascenso de una persona con discapacidad en el lugar de trabajo, tales como exigencias de standars de calificación y que implican la creación de una defensa positiva a favor del empleador, si este prueba que las mismas están directamente relacionadas con el trabajo, y que hacen a la necesidad del negocio. Entre ellas se encuentran aquellas que impiden que el discapacitado se posicione en directo riesgo para su propia salud o la salud y seguridad de otros individuos en el lugar de trabajo”*.⁶

5-CHILE: En este país, han predominado las interpretaciones doctrinarias, considerando la relevancia del derecho a la no discriminación, no escapa al campo del derecho laboral chileno, constituyendo la no discriminación como una “garantía fundamental” inherente a todo ser humano.

El derecho a no ser discriminado adquiere en el derecho laboral chileno como un reconocimiento supranacional, siendo consagrado ampliamente en diversos instrumentos internacionales.

⁵ Ver “National Railroad Passenger Corporation (AMTRAK) v. Morgan”. Número 00-1614, January 9, 2002-decided June 10, 2002.

⁶ Ver “Chevron USA vs. Echazabal” – Número 00-1406 – February 27, 2002 – Decided June 10 – 2002.

COSTA señala que *“se pone de manifiesto la estrecha relación que existe entre la prohibición de discriminación y el derecho a la libertad de trabajo”*.⁷ En tanto, LIZAMA expresa que *“la no discriminación al estado anterior al nacimiento de la relación laboral, siendo la discriminación un conjunto de actos basados en las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador directamente o a través de terceros y por cualquier medio”*.⁸

III-LA DISCRIMINACIÓN EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. EL ROL DE LA OIT (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO).

Los diversos tratados internacionales contemplan la problemática de la discriminación en todos los sectores, inclusive en el ámbito laboral. Es así como la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” en su artículo 2 expresa que *“cada hombre goza de los derechos y libertades establecidos en esta declaración, sin tener en cuenta diferencias de raza, color, sexo, lengua, religión, ideología, política y otras, nacionalidad, origen social, situación financiera, de nacimiento o de otro tipo”*.

Destacamos la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer” del año 1979 en la cual define a la discriminación como toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social y cultural.

La OIT (Organización Internacional del Trabajo) en su Convenio 111 del 25 de junio de 1958 prevé a la discriminación en el desarrollo de un trabajo subordinado en su artículo 1 que comprende:

1- Cualquier distinción, exclusión o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

2-Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación, que podrá ser especificada por el miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan y con otros organismos apropiados.

De lo expuesto en el texto del Convenio 111 de la OIT, interpretamos que los costos sociales y económicos que trae aparejada la discriminación en el trabajador son los siguientes:⁹

⁷ Ver Costa Vasco en “Derechos laborales y constitución de 1980. Editorial jurídica Cono Sur – Santiago de Chile – Año 2001.

⁸ Ver Lizama, Luis: “Discriminación en las ofertas de empleo”, Editado en la Semana Jurídica del 1 al 7 de octubre de 2001.

⁹ Comentario de la autora.

1-Anular y alterar la igualdad de oportunidades y de trato del hombre frente a la sociedad en su conjunto.

2-No acceder el trabajador discriminado al empleo, convirtiendo al mismo en un desocupado sin proyección de futuro.

3-La exclusión del trabajador del mercado laboral.

4-No acceder a un salario o restricción presupuestaria digna y equitativa.

5-Alteración en el trato debido al trabajador frente al resto de los integrantes de la organización.

IV-LA DISCRIMINACIÓN EN ARGENTINA. LEY 20744 DE CONTRATO DE TRABAJO - EL ROL DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL.

En Argentina, la discriminación ha sido uno de los temas actuales dentro del derecho laboral, el cual ha originado casos de jurisprudencia basada en las decisiones de los tribunales laborales nacionales.

Sabemos que la Ley 20744 de Contrato de Trabajo (LCT) no define a la discriminación, sino que la prohíbe, estableciendo que *“por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad”*.

Interpretamos aquí que el legislador establece la exclusión de cualquier acto que configure la discriminación entre los trabajadores, respetando de esta manera el principio de igualdad establecido por el artículo 16 de la Constitución Nacional.

POSE señala al respecto que *“la naturaleza institucional de la empresa como estructura destinada a perdurar, obliga a que el empleador trate con equidad e igualdad a sus operarios, no otorgando derechos a algunos en violación a otros, salvo que existan razones objetivas que justifiquen cierta diferenciación (mayor jerarquía funcional, mayor productividad o capacidad de trabajo)”*.¹⁰

La Corte Suprema de Justicia ha tratado el tema de la discriminación manifestando que *“la validez constitucional de las distinciones y clasificaciones establecidas por las leyes laborales se encuentra subordinada a que deriven de causas objetivas o de razones sustanciales, de manera que resulte excluida toda diferenciación injusta o que responda a criterios arbitrarios de indebido favor o privilegio personal o de clase o de ilegítima persecución”*.¹¹

En un fallo reciente de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo se condenó a una compañía a indemnizar a una trabajadora afectada por

¹⁰ Ver Pose, Carlos: “Ley de Contrato de Trabajo”. Anotada, comentada y concordada con las leyes 25013, 25250, 25323 y 25345. David Grinberg – Libros jurídicos.

¹¹ Ver CSJN, 22/12/98 en autos “Dardanelli de Cowper c/ Aerolíneas Argentinas”. DT, 1984-B-1886.

discriminación en los autos “Almazan, Alejandra c/ Atento Argentina SA y otro s/ despido”.

La actora cumplía la función de supervisora de la compañía demandada, teniendo a su cargo el personal integrante de la empresa. Se produce una medida de fuerza de parte del personal que tenía la trabajadora a su cargo, absteniéndose de tomar medidas contra dicho personal que había ejecutado dicha medida.

Ello originó en los empleadores de la compañía adoptar medidas tendientes a modificar la jornada laboral de la dependiente, efectuando cambios sustanciales en el contrato de trabajo que mantenía ésta con la demandada, hecho que se deducía como resultado de la negativa a tomar medidas disciplinarias contra el personal que tenía la trabajadora a su cargo.

Los actos discriminatorios fueron desde el cambio de su categoría, quitarle sus instrumentos necesarios para realizar su actividad laboral, hasta dejarla sin tareas dentro de la empresa.

La Sala III consideró que “las medidas adoptadas por los superiores de la actora tenían por objeto afectar la dignidad de la trabajadora, frente a la comunidad laboral sólo por la actitud asumida por ella en relación con el personal que se plegó a las medidas de fuerza”.

La mencionada sala expresó en su resolución que “se pudo comprobar que la trabajadora fue víctima de una conducta discriminatoria por parte de la empresa y consideraron procedente entonces la indemnización por daño moral”.

Debemos tener en cuenta que el empleador posee plenas facultades para cambiar las modalidades de la prestación laboral, siendo en el caso mencionado, la interpretación de la compañía demandada de haber incumplido órdenes de parte de la trabajadora de no haber aplicado sanciones al personal que tenía a su cargo.

Desde la óptica empresarial, el fallo implica serios costos económicos, entendiéndose que cualquier incumplimiento de trabajador en las órdenes impartidas por su empleador, suscitaría entonces daños y perjuicios basados en la discriminación cometida por éste.

Es así como debemos tener en claro cuando existe discriminación en el derecho laboral; el trabajador frente a determinadas situaciones, no debe abusar de los derechos y obligaciones previstos por las leyes laborales, ya que los casos en que el trabajador reclama determinadas condiciones laborales especiales o excepcionales y no son concedidas por su empleador por razones de organización, son interpretadas por el dependiente como una mera conducta discriminatoria de parte del empleador, optando por la no concurrencia al establecimiento, cuando la misma no se encuadraría en lo dispuesto por el artículo 17 de la LCT, lo previsto por los tratados internacionales y por la misma Constitución Nacional en su artículo 16, configurando en cambio, el mero abandono del trabajo previsto en el artículo 244 de la LCT.

V-CONSIDERACIONES FINALES:

1-De acuerdo a lo expuesto en el presente análisis, llegamos a nuestras consideraciones finales, las cuales son las siguientes:

2-La discriminación en el derecho comparado abarcando los países europeos, incluyendo a la jurisprudencia de los Estados Unidos.

3-La discriminación y los costos sociales y económicos que suscita al trabajador.

4-La discriminación en los tratados internacionales y el Convenio 111 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo)

5-La discriminación en la Argentina y las disposiciones contenidas en la Ley 20744 de Contrato de Trabajo y el rol de la jurisprudencia de los tribunales laborales en sus decisiones judiciales recientes sobre el tema.