

La protección contra la discriminación laboral

Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales en el trabajo.

Lic. Ena Lilian Núñez Mancía

Abogada y Notaria con estudios especializados en Derechos Humanos y Máster en Empleo, Relaciones Laborales y Diálogo Social en Europa. Actualmente es consultora y facilitadora en temas de derecho laboral nacional e internacional.

I. INTRODUCCIÓN

Todas las personas, ya sean hombres o mujeres, que trabajan o buscan trabajo deben ser tratadas de acuerdo con sus competencias y méritos. La discriminación ocurre cuando se deniega la igualdad de oportunidades y se concede un tratamiento menos favorable a las

personas debido a ciertas características. La discriminación en el lugar de trabajo debilita la dignidad humana y la justicia social, no solamente afecta de forma desfavorable las vidas de hombres y mujeres y la de sus familias, sino que además, tiene un impacto perjudicial sobre el lugar de trabajo y la economía, así como sobre la sociedad en general.



Con este ensayo se pretende presentar una visión del tema de la discriminación en el lugar de trabajo, partiendo de una visión desde la normativa internacional emanada de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y los pronunciamientos de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de dicha organización, lo cual constituye la primera parte luego de abordar algunos antecedentes del tema y desarrollar el proceso de tutela de derechos fundamentales desde la legislación española y su incorporación en propuestas de reforma normativas en el ámbito laboral del sector privado y público en El Salvador.

II. ANTECEDENTES

La discriminación en el empleo y la ocupación tiene muchas formas, y ocurre en todo tipo de contexto laboral. Implica un trato diferente a causa de ciertas características como raza, color o sexo, y genera un deterioro en la igualdad de oportunidades y trato. La discriminación produce y fortalece las desigualdades. Limita la libertad de las personas de desarrollar capacidades y de escoger y realizar sus aspiraciones profesionales y personales sin importar las calificaciones. Profesionalidad y competencia no pueden ser desarrolladas, no hay gratificación por el trabajo y se genera un sentido de humillación frustración e impotencia.

La eliminación de la discriminación en el trabajo es fundamental para la justicia

social, que se encuentra al centro del mandato de la OIT. Es esencial en el concepto de trabajo decente para todas las mujeres y hombres, el cual se basa en la noción de igualdad de oportunidades para todos los que trabajan o buscan empleo y subsistencia, bien sean obreros, empleadores o trabajadores independientes, en la economía formal o en la informal. La eliminación de la discriminación es parte indispensable de cualquier estrategia viable de reducción de la pobreza y del desarrollo económico sostenible.

III. EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL

La no discriminación, además de ser uno de los derechos fundamentales, constituye un principio del Derecho del Trabajo. Según PLA RODRÍGUEZ, el principio de no discriminación implica excluir todas aquellas diferenciaciones que colocan a un trabajador en una situación inferior o más desfavorable que el conjunto, sin una razón válida ni legítima.¹

Se trata de un axioma derivado del principio de igualdad. Mientras que la igualdad es el género, la no discriminación es una de sus especies o instrumentos. En definitiva, se entiende que para alcanzar la igualdad hay que comenzar por no discriminar, por lo que la no discriminación constituye el contenido mínimo de la igualdad.²

1 PLA RODRIGUEZ, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo. Depalma, 3a edición, 1998, p. 414 y 415. Fue precisamente en esta revisión de su obra originaria, que el autor introdujo este nuevo principio al elenco de los ya enunciados, en el entendido que el principio de igualdad encierra la idea de equiparación, lo cual desnaturaliza el carácter mínimo de las normas laborales e impide el otorgamiento de mejoras y beneficios.

2 ERMIDA URIARTE, Oscar. Protección, igualdad, dignidad, libertad y no discriminación, en rev. Der. Lab. No. 241, p. 12.

El derecho a la no discriminación ha sido reconocido en múltiples instrumentos internacionales lo cual permite afirmar su calidad de derecho fundamental. Precisamente, según señala ERMIDA URIARTE, los derechos fundamentales son aquellos que la comunidad internacional ha reconocido como tales en los pactos, tratados, declaraciones y otros instrumentos internacionales de derechos humanos.³ Por su parte, FERRAJOLI, ha definido los derechos fundamentales como aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar. Uno de los rasgos de estos derechos es la forma universal de su imputación, se trata de derechos universales en el sentido deóntico y no valorativo de la cuantificación universal de la clase de sujetos que como personas ciudadanos o capaces de obrar son sus titulares. El segundo rasgo es su indisponibilidad tanto activa pues son inalienables por su titular, como pasiva, ya que no son expropiables por otros sujetos comenzando por el Estado. El último rasgo, consiste en que los derechos fundamentales tienen su estatuto en reglas generales y abstractas.⁴

De esta forma, la no discriminación es un derecho personalísimo, subjetivo, oponible erga omnes y que encuadra dentro la conocida clasificación que

formulara PALOMEQUE LÓPEZ entre los denominados derechos humanos inespecíficos, aquellos que se reconocen a todos los que podrán existir habitantes, sin distinción de su posición jurídica, simplemente por el hecho de ser personas.⁵ Algunos autores lo califican de “meta – derecho”, ya que se coloca por encima de los demás al ser su función la de garantizar que todas las personas, sin ningún tipo de diferenciación razonable, puedan ejercer libremente y en igualdad de condiciones, todos los derechos fundamentales.⁶ Por otra parte, dichos derechos fundamentales inespecíficos (intimidad, integridad, libertad de expresión, no discriminación), que son atribuidos al trabajador en su calidad de ciudadano, han hecho posible que el Derecho del trabajo garantice al interior de las empresas un trato digno y acorde con un miembro de una sociedad democrática.⁷

IV. PRINCIPALES CONVENIOS Y RECOMENDACIONES DE LA OIT EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN LABORAL

- *Convenio núm. 100 y Recomendación núm. 90 sobre igualdad de remuneración entre hombres y mujeres.*

Este instrumento establece el principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.⁸ A los efectos del Convenio, la

3 ERMIDA URIARTE, Oscar. Derechos humanos laborales en el Derecho Uruguayo, en Cuadernos da Amatra IV, Estudios sobre Procesos de Derecho del Trabajo, Año II, No. 4, Jul.-Set., 2007, p. 55.

4 FERRAJOLI, Luigi. “Derechos fundamentales”, en Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid (Ed. Trotta), p. 19, citado por VALDÉS DAL RÉ, Fernando. “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”, en Informes Generales del XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2003, Montevideo, Uruguay, p. 42.

5 GOLDSTEIN, Eduardo. La discriminación racial por origen nacional y etnia en las relaciones laborales. Montevideo, FCU, 2009, p. 75.

6 GOLDSTEIN, Eduardo. Ob.cit., p. 75.

7 UGARTE CATALDO, José Luis. “La tutela de los derechos fundamentales y el Derecho del Trabajo: de erizo a zorro”, en Revista de Derecho. Vol. XX. Nº 2. Diciembre 2007, p. 49-67

8 Art. 2, párrafo 1 del Convenio 100, en concordancia con el preámbulo de la Constitución de la OIT de 1919.

expresión “igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor” designa la tasa de remuneración fijada sin discriminación basada, directa o indirectamente, en motivos de sexo. El Convenio ampara a todos los trabajadores, sin ninguna limitación. Por lo tanto, el Convenio se aplica en general a todos los sectores tanto públicos como privados.

• *Convenio núm. 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación (1958)*

Es el convenio más completo en materia de discriminación, su objetivo es eliminar la discriminación con respecto a todos los aspectos del empleo y la ocupación por motivos de: raza, sexo, color, religión, opinión política, ascendencia nacional, origen social o cualquier otro motivo ilícito reconocido a nivel nacional. El Convenio núm. 111 fue adoptado poco después del Convenio núm. 100 sobre la igualdad de remuneración (1951). Es más amplio en su campo de aplicación que el Convenio núm. 100. En sus primeros tiempos, la Organización se ocupaba más bien de la protección de las mujeres de una condiciones de trabajo demasiado arduas y peligrosas para su salud, pero actualmente tiende más bien a fomentar la igualdad entre hombres y mujeres.”⁹

La discriminación en el empleo y la ocupación es un fenómeno que se manifiesta en todos los entornos laborales y que no solo atenta contra la dignidad de

las personas sino que representa costos para las empresas.

• *Definición de discriminación*

Por discriminación en el empleo y la ocupación se entiende un trato diferenciado (una exclusión, una preferencia o una distinción), basada en características personales que no son relevantes para el desempeño de un determinado trabajo, tales como el sexo, el color o la raza, la religión, el origen o ascendencia social, la opinión política o discapacidad, que tenga por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.¹⁰ En suma, por criterios que no se basan en la competencia o mérito de las personas.¹¹

La discriminación puede manifestarse cuando se busca empleo o al dejar éste último. Se entiende por discriminación todo trato diferenciado y menos favorable a determinadas personas en razón de cualquiera de las características antes mencionadas, sin perjuicio de su capacidad para cumplir los requisitos correspondientes al puesto de trabajo.¹²

Tres son los elementos que contiene la definición anterior:

- a) Un elemento de hecho (la existencia de una distinción, exclusión o preferencia originas en un acto o en una omisión) que constituye la diferencia de trato;
- b) Un motivo determinante de la diferencia de trato, y

9 OIT. Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones sobre no discriminación en el empleo y la ocupación. 1996.

10 Art. 1 Apartado a) del párrafo 1 del Convenio núm. 111 de la OIT.

11 Ob.Cit. 4, página 15.

12 OIT. La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Informe del Director General. 2007. Pág. 9



- c) El resultado objetivo de tal diferencia de trato (o sea la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato)¹³

La discriminación puede ser directa e indirecta. Es directa cuando las normas, prácticas y políticas excluyen o dan preferencia a ciertas personas por el mero hecho de pertenecer ésta a un colectivo específico. Entre las formas de discriminación directa figuras los anuncios de empleo en los que se excluye de las candidaturas a las personas

mayores de una edad determinada, o la imposición por los departamentos de recurso humanos de prueba de embarazo periódicas con el fin de no contratar a las candidatas embarazadas o incluso de despedir a las empleadas que están en estado, o pedir que cumplan un cierto período de servicio antes de quedar embarazadas.¹⁴ La discriminación es indirecta cuando ciertas normas o prácticas aparentemente neutras tienen efectos desproporcionados en uno o más colectivos determinables, y ello sin justificación alguna. Así por ejemplo:

13 OIT. Estudio general de la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones sobre Igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación. 1996. Párrafo 23.

14 OIT. La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Informe del Director General. 2007. Pág. 9

la organización de cursos de formación fuera de las horas de trabajo, durante los fines de semana o en horas tardías puede traducirse en la exclusión de aquellos trabajadores que pudieran interesarse en asistir, pero que no podrán hacerlo por deber atender sus responsabilidades familiares, exclusión que comprometerá sus perspectivas de carrera.¹⁵

• *Motivos de discriminación*

El convenio núm. 111 limita a siete los criterios de discriminación, sin que ello signifique que es una enumeración taxativa, pues la discriminación no es un fenómeno estático, sus formas reconocidas desde antiguo, como aquellas basadas en motivos raciales, religiosos, de clase o de género, no son fáciles de erradicar y adquieren hoy matices más sutiles, cuando no se legitiman con argumentos más refinados¹⁶.

Los principales motivos de discriminación son: *raza y color, ascendencia nacional, religión, estado de salud, origen social, edad, discapacidad, orientación sexual, por razón del sexo, afiliación sindical, entre otros.*

De los mencionados dos merecen especial atención por su relevancia y recurrencia en nuestro medio:

a. Por razón del sexo.

Se refiere a unas diferencias biológicamente determinadas con carácter universal entre los hombres y las mujeres. Se entiende por distinciones fundadas en el sexo las que se crean en

forma explícita o implícita en detrimento de uno u otro sexo. Por lo general suelen practicarse contra las mujeres, sobre todo cuando se trata de discriminaciones indirectas, y se fundan en concepciones tradicionales de fuerte arraigo en algunas sociedades, pero que en otras se han atenuado mucho, como consecuencia de la evolución de la condición de la mujer y sobre todo del aumento de la participación femenina en todos los sectores de la vida activa.¹⁷

A nivel internacional, el **Convenio No. 156** de la OIT reconoce la igualdad de oportunidades o trato independientemente de las responsabilidades familiares. El artículo 8 de este Convenio señala que la responsabilidad familiar no debe constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo. En este sentido, el artículo 16 de la **Recomendación No. 165** sugiere de forma más amplia que el estado civil, la situación familiar o las responsabilidades familiares no deberían constituir de por sí causas justificadas para denegar un empleo a un trabajador o terminar la relación de trabajo.

Mientras tanto, el **Convenio No. 183** sobre protección de la maternidad prohíbe al empleador despedir a una mujer embarazada durante la ausencia por licencia de maternidad o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo. Se entiende que deberán

¹⁵ Ob.Cit. 10

¹⁶ OIT. La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Informe del Director General. 2007. Pág. 2.

¹⁷ Ob. Cit. 8. Estudio general, párrafo 35

adoptarse medidas para garantizar que la maternidad no constituya una fuente de discriminación en materia de empleo incluyendo el acceso al trabajo. Estas medidas deben incluir una prohibición de que se exija a una mujer que solicita un empleo que se someta a un examen para comprobar si está o no embarazada salvo cuando esté previsto en la legislación nacional respecto de trabajos que estén prohibidos total o parcialmente para las mujeres embarazadas o lactantes o puedan presentar un riesgo para la salud de la mujer y del hijo.

Según la CEACR, las discriminaciones contra el empleo de mujeres suelen ser consecuencia de una presunción de inferioridad, cuando no están alimentadas por otras consideraciones que limitan las posibilidades de las mujeres de obtener un empleo o de conservarlo.¹⁸

La discriminación por sexo puede darse por:

- *Estado civil*, condición matrimonial o cargas de familia, embarazo y parto. Estas distinciones tienen carácter discriminatorio en el sentido del Convenio, siempre que su efecto sea imponer a una persona de un sexo determinado un requisito o condición que no se exigiría a otra del sexo opuesto. El carácter discriminatorio de las distinciones que se fundan en el embarazo, el parto o sus posibles secuelas médicas resultan evidentes por el simple hecho de que sólo pueden afectar a las mujeres.

- *Hostigamiento sexual (Acoso)*. Se entienden por tales los insultos, así como observaciones, bromas, insinuaciones o comentarios impropios sobre la manera de vestir de una persona, su cuerpo, eventualmente su edad, su situación familiar, etc; las actitudes condescendientes o paternalistas de connotaciones sexuales que sean una afrenta para la dignidad; las invitaciones o solicitudes impertinentes, implícitas o explícitas, acompañadas o no de amenazas; las miradas concupiscentes u otros ademanes asociados a la sexualidad; los contactos físicos inútiles, como tocamientos, caricias, pellizcos o las vías de hecho.¹⁹

El hostigamiento sexual pone en peligro la igualdad en el lugar de trabajo al poner en juego la integridad personal y el bienestar de los trabajadores y perjudica a la empresa pues mina los fundamentos de las relaciones de trabajo y redundan en menoscabo de la productividad.²⁰ Las víctimas pueden experimentar graves traumas emocionales, ansiedad, nerviosismo, depresión, baja autoestima, impotencia, reacciones físicas que van desde el insomnio hasta la úlcera.²¹

De conformidad a la Resolución sobre la Protección de la Dignidad de las Mujeres y los Hombres²², cuando el acoso sexual está unido a las condiciones de trabajo se califica como “chantaje sexual”.

Tanto a nivel de la OIT como en el derecho comparado, se entiende que el acoso sexual constituye una modalidad de discriminación. En general, suelen

18 Ob. Cit. 8. Estudio general, párrafo 36

19 OIT. CEACR/Estudio general sobre igualdad en el empleo y la ocupación. 1996. Párrafo 39.

20 Ob.Cit. 20 párrafo 40

21 Liffer M. Acoso sexual en el trabajo: Un estudio comparado. V. 13, Nº 3, 1992.

22 Suscrita en mayo de 1990 por el Consejo de Ministros de las Comunidades Europeas y Recomendación de la Comisión Europea sobre el mismo tema, noviembre de 1991.

distinguirse dos clases de conductas que representan acoso sexual; por un lado, el *quid pro quo* (chantaje o acoso sexual puro) que implica la imposición de exigencias sexuales a cambio del mantenimiento del empleo o de ventajas ligadas a él; por el otro, el acoso sexual ambiental o la creación de un entorno hostil, el cual implica la creación de un contexto intimidatorio, adverso, ofensivo o humillante para la víctima, sin que exista necesariamente ninguna consecuencia laboral negativa. Para la CEACR el acoso sexual es una discriminación prohibida por el Convenio núm. 111

b) Afiliación sindical

La afiliación sindical y la condición de representante sindical de un trabajador pueden tener efectos discriminatorios. El **Convenio No. 87** de la OIT sobre libertad sindical y protección al derecho de sindicación reconoce a todos los trabajadores y los empleadores sin distinción alguna el derecho a constituir las organizaciones que estimen convenientes así como el de afiliarse a ellas y participar en sus actividades sin injerencia de ningún tipo. Este criterio surge también en el **Convenio No. 135** sobre representantes de los trabajadores y en el **Convenio No. 151** sobre las relaciones de trabajo en la administración pública entre otros. En forma complementaria, el **Convenio No. 98** establece que los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. Esta protección deberá dirigirse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición

de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato; b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo. En consecuencia, debe garantizarse a los trabajadores una protección adecuada tanto en el momento de ser contratados como en el curso del empleo y al momento de la cesación frente a todas las medidas de carácter discriminatorio vinculadas a la afiliación sindical o a la realización de actividades sindicales legítimas.

Con respecto al alcance de la reparación, la Comisión de Expertos de la OIT, ha señalado que una legislación que permita en la práctica que el empleador ponga término al empleo de un trabajador a cambio del pago de una indemnización prevista por la ley para todos los casos de despido injustificado cuando el motivo real es su afiliación o la realización de actividades sindicales es insuficiente de acuerdo a lo previsto en el artículo. 1 del Convenio No. 98.²³

• *Convenio No. 156 de la OIT sobre trabajadores con responsabilidades familiares*

El Convenio No. 156 surge de la preocupación de la OIT por complementar los acuerdos adoptados en materia de no discriminación en el empleo (Convenio No. 111) y de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres (Convenio No. 100) pues ellos no hacen referencia a los trabajadores con responsabilidades familiares. Por

23 BEAUDONNET, Xavier. "Derecho internacional del trabajo...", cit. p. 134



este motivo, a juicio de este organismo internacional era necesario instaurar la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores de uno y otro sexo con responsabilidades familiares, al igual que entre éstos y los demás trabajadores. El artículo 1 del Convenio define a los trabajadores con responsabilidades familiares como aquellos trabajadores y trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella.

Asimismo, el inciso 2 de este artículo comprende dentro del concepto de trabajadores con responsabilidades familiares, a los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades respecto de otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten de su cuidado o sostén cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella.

V. TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DE LAS NORMAS DE LA OIT

El especial carácter que tienen los derechos fundamentales en el trabajo determina que cuando se acude a la jurisdicción laboral solicitando su protección estemos frente a un objeto de pretensión procesal especial, que normalmente ocasiona que se determine

una especialidad procesal distinta de la ordinaria, regida por los principios de preferencia y sumariedad, además de otras características particulares, exigidos por la naturaleza de los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

Por esto es que se afirma que en un Estado democrático, los derechos fundamentales en el trabajo se garantizan con el máximo rango, con la máxima importancia, y; con la máxima fuerza jurídica.²⁴ Por lo tanto, para la tutela judicial de estos derechos no pueden aplicarse las reglas del proceso ordinario, sino que deben establecerse: a) reglas simples y de celeridad acentuada; b) que en casos extremos puedan implicar la suspensión inmediata del acto impugnado con el objeto de evitar lesiones de carácter irreparable; c) que opere la inversión de la carga de la prueba, y; d) que la ejecución de la sentencia sea inmediata en forma provisional.

Para el Dr. Jorge Juan Guillén²⁵: "Todos los derechos fundamentales requieren por su naturaleza de una legislación que los haga aplicables. Requieren ser tutelados y garantizados por los poderes públicos de manera si cabe más rigurosa que los que son de mera legalidad ordinaria."²⁶

- *La Declaración de la OIT sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo*

Con la adopción de la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo por la OIT en el año 1998, los

24 Cfr. Sanguinetti, Wilfredo, "La tutela de los derechos fundamentales en la Ley Procesal Peruana. Un estudio específico de la libertad sindical", Universidad de Salamanca.

25 Magistrado del Juzgado de lo Social N°23 de Madrid, España.

26 Guillen Olcina, Jorge, *Los procedimientos especiales para la protección de los derechos fundamentales y conflictos colectivos*. En: La Nueva Ley del Trabajo. Lima: Ministerio de Justicia, 2011

gobiernos, empleadores y trabajadores del mundo, especificaron cuatro categorías de principios y derechos de este carácter, entre los que figura *la eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación*.

En tal sentido, y en cuanto a que tales principios responden a la idea de valores esenciales, ocho convenios de la OIT han sido calificados por su Consejo de Administración, como fundamentales para garantizar los derechos de quienes trabajan. No obstante, ello no implica que todos los demás instrumentos no contribuyan en mayor o menor medida al fomento y la defensa de los derechos humanos. Los instrumentos relativos a la eliminación de la discriminación son los Convenios números 100 y 111.

Debe tenerse presente que son principios aplicables sin necesidad de ratificación o adhesión. En efecto, aunque no hayan ratificado los Convenios calificados como fundamentales, todos los miembros de la OIT tienen la obligación ante sí mismos y ante los compromisos adquiridos en tanto Estados Miembros de poner en práctica los principios generales que originan estos derechos, en la medida que son la expresión de unos valores que fueron aceptados al adherirse libremente a la Constitución. Este es el mandato específico que fue especialmente confirmado en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998 de la OIT. A diferencia de los Convenios, que una vez ratificados originan obligaciones jurídicas específicas, la Declaración, por expresar normas del *iuscogens* internacional, no

está sujeta a ratificación en la medida que reafirma principios generales de aceptación universal.

En consecuencia, los derechos fundamentales del trabajo son tales, no por su reconocimiento explícito o implícito en las Constituciones de los países, sino por el contenido que éstos tienen y que son de carácter universal.

• *Garantías jurídicas para la protección contra la discriminación desde la perspectiva de la OIT*

En efecto, no se puede hablar de derechos si en un Estado no existen procedimientos adecuados y eficaces para garantizar el goce y el ejercicio del derecho.

Esto mismo ha sido reconocido por la OIT, que en diversos instrumentos internacionales insta a los gobiernos a garantizar los derechos fundamentales a través de mecanismos que otorguen adecuada protección y garanticen una reparación eficaz e incluso la reintegración del trabajador despedido.

Las normas de la OIT y sus órganos de control, refiriéndose a la aplicación de derechos fundamentales, hacen referencia a la necesidad de contar con una “protección eficaz”²⁷, con “procedimientos especiales de recurso accesible”²⁸, con “el establecimiento de una reparación eficaz”²⁹, así como que “las autoridades encargadas de examinar el caso, ya sean tribunales ordinarios u organismos especializados, deben disponer de todas las facultades necesarias para poder emitir rápidamente

27 Convenio núm. 98, art. 1

28 Recomendación núm. 143, 6, 1,c)

29 Recomendación núm. 143, 6, 1, d)

su fallo³⁰; y adicionalmente, cuando se alude a la conveniencia de esta disposición “procedimientos y mecanismos que sean expeditos, poco onerosos, justos y eficaces para la solución de controversias relativas a la existencia y condiciones de una relación de trabajo”³¹

• *Características básicas de modalidad especial*

Por todo lo anterior, los procesos judiciales que garanticen los derechos fundamentales del trabajo deben ser eficaces, sencillos y deben otorgar adecuada reparación a la vulneración del derecho. Estos procedimientos judiciales deben comprender reglas especiales que refuerzan la protección: ser sumarios por entender que la violación de este derecho debe ser urgentemente reparado, la abreviación de los plazos procesales, la suspensión de algunos trámites, o su concentración debe ser característica de estos procesos³².

Además, tales procedimientos deben ser preferentes, que sean tramitados antes que otros, incluso de las que fueron ingresadas con anterioridad al despacho judicial. De otra parte, debe operar la inversión de la carga probatoria, es decir, debe corresponder a la parte demandada demostrar que no habido vulneración de algún derecho fundamental, ya que de lo contrario sería siempre un obstáculo insalvable para el acceso a la justicia que el demandante pruebe la vulneración de un derecho fundamental. Esto ha sido señalado por la Comisión

de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, en los siguientes términos: “217. Una de las principales dificultades que se plantean a este respecto es la carga impuesta a los trabajadores de probar que el acto incriminatorio fue motivado por consideraciones antisindicales, lo cual puede constituir un obstáculo insalvable para la reparación del perjuicio sufrido.”

Así, algunas legislaciones han reforzado la protección de los trabajadores al exigir que sea el empleador quien pruebe que la medida impugnada como antisindical tenía relación con otras cuestiones que no sean sindicales, y ciertos textos establecen expresamente una presunción a favor de los trabajadores. Dado que a menudo resulta difícil, cuando no imposible, para un trabajador probar que ha sido víctima de un acto de discriminación antisindical, la legislación y la práctica deberían contener disposiciones encaminadas a remediar esas dificultades, por ejemplo recurriendo a los métodos arriba mencionados.”

“La Comisión recalca el interés que a este respecto ofrecen las disposiciones de otros instrumentos de la OIT. Así, el párrafo 2 del artículo 9 del Convenio sobre la terminación de la relación laboral, 1982 (núm. 158), dispone, en particular, lo siguiente: “A fin de que el trabajador no esté obligado a asumir por su sola cuenta la carga de la prueba de que se terminación fue injustificada, los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del presente Convenio deberán

30 OIT. Libertad sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 5ª edición (revisada), Ginebra, 2006, párrafo 219, pág. 108.

31 Recomendación núm. 198, 4, e)

32 Ciudad Reynaud, Adolfo. La protección judicial de los derechos fundamentales. Especialista Principal en Legislación Laboral de la OIT.

prever una u otra de las siguientes posibilidades, o ambas: a) incumbirá al empleador la carga de la prueba de la existencia de una causa justificada para la terminación, tal como ha sido definida en el artículo 4 del presente Convenio;...". Por otro lado, los apartados a) y b) del artículo 5 de dicho Convenio disponen que la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales, y en particular el haber actuado en calidad de representante de los trabajadores, no constituyen causa justificada para la terminación de la relación de trabajo. Además, el apartado e) del subpárrafo 2 del párrafo 6 de la Recomendación 143 dispone: "... imponer al empleador, cuando se alegue que el despido de un representante de los trabajadores o cualquier cambio desfavorable en sus condiciones de empleo tienen un carácter discriminatorio, la obligación de probar que dicho actos estaba injustificado"³³.

Sin embargo, para que esta inversión de la prueba opere el demandante debe acreditar la existencia de indicios que genere al juzgador la razonable sospecha, apariencia o presunción de que se está vulnerando algún derecho fundamental del trabajo. Además, el proceso judicial sumario debería dar la posibilidad al actor de solicitar, en casos extremos, la suspensión de los efectos del acto impugnado en el mismo escrito de interposición de la demanda, lo que debiera operar exclusivamente cuando se trate de presuntas lesiones que impidan el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva u otras cuestiones de

importancia trascendental que afecten el interés general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación.

En tales casos el juez debería poder citar a una audiencia preliminar prácticamente de inmediato (dentro de 48 horas), en la que sólo se admitan alegaciones y pruebas sobre la suspensión solicitada, y en la que el juez se pronuncie de inmediato dictando sentencia de viva voz adoptando las medidas oportunas para reparar la situación. Posteriormente se citaría a la audiencia de juicio y la sentencia declarararía la existencia o no de la situación denunciada, y en caso afirmativo, ordenaría el cese definitivo del comportamiento antisindical o de lesión de otros derechos fundamentales y la reposición de la situación anterior a producirse el mismo. En este caso el órgano judicial debería dictar sentencia en un plazo máximo de 3 días luego de la audiencia de juicio, adoptando las medidas oportunas para reparar la situación.

VI. LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LATINOAMÉRICA Y ESPAÑA

En *Chile*, la reforma procesal laboral incorporó la "tutela de los derechos fundamentales" en forma bastante amplia, refiriéndose a "aquellos casos en los que se ha producido vulneración de los derechos reconocidos en el inciso 1° del núm. 1 del artículo 19 constitucional, esto es, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la

33 OIT. **Libertad sindical y negociación colectiva**. Estudio general de las memorias sobre el Convenio (num, 7) sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, y el Convenio (núm. 98) sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949, Ginebra: OIT; 1994; pág. 107.

persona, siempre que sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral; en el núm. 4, el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia; en el núm. 5, la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada; en el núm. 6 inciso primero, la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, las buenas costumbres o al orden público; en el núm. 12 inciso 1°, la libertad de opinión y al de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio; y en el núm. 16, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso 4, cuando estos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades de dirección del empleador.

También es competencia del tribunal cuando se trata de actos discriminatorios de acuerdo al artículo 2 del Código del Trabajo, con excepción de su inciso sexto.”³⁴

En la subregión centroamericana, Panamá y República Dominicana, el tema de la protección de los derechos fundamentales ha ido cobrando cada vez mayor relevancia como se aprecia de la *Declaración de Roatán*, acordada en el marco de la celebración de la reunión del Consejo Judicial Centroamericano y de las Salas Laborales de las Cortes Supremas, en donde –como ya se mencionó– expresaron que “es de rigor proteger y garantizar los derechos fundamentales

de los trabajadores establecidos en sus Constituciones Nacionales y los Tratados y Convenios Internacionales, a través de sus decisiones judiciales.”³⁵

No obstante, a nivel de la normativa procesal laboral, sólo Panamá tiene previsto el “proceso de reintegro”, denominado también proceso monitorio documental mediante el cual el trabajador despedido en violación de algún fuero da aviso al juez y solicita que dicte una orden de reintegro con el pago de salarios caídos. Este proceso se caracteriza por tratarse de un proceso especial con términos expeditos y supone una solicitud que luego produce un contradictorio.³⁶

Así mismo Panamá tiene previsto el “proceso abreviado nominado” cuyo objeto es conocer de asuntos que por su especial naturaleza o urgente necesidad de solución precisan un trámite rápido y efectivo. Es también conocido como proceso sumario. “Por medio del proceso abreviado se tramitan los siguientes casos: 1. Autorización para despedir trabajadores aforados, 2. Impugnación de reintegro, 3. Sanción o disolución de organizaciones sociales,

4. Impugnación de actos de las organizaciones sociales, 5. Imputabilidad de huelga, 6. Excepciones propuestas con ocasión del proceso ejecutivo, 7. Nulidad del laudo arbitral, 8. Proceso para obtener la fijación de un nuevo salario, 9. Despido o desmejoramiento de trabajador sindicalizado.”³⁷

34 Tapia Guerrero, Francisco, “El nuevo procedimiento en juicio del trabajo en la Ley 20087/06”, multigráfico, pág. 11. Una primera versión de este trabajo se publicó en Revista de Derecho Social Latinoamérica Nº 2, Ed. Bomarzo, Buenos Aires, 2007.

35 Cfr. “Declaración del primer encuentro de Salas Laborales de las Cortes y Tribunales Supremos de Justicia de Centroamérica y el Caribe”, Roatán, Islas de la Bahía, 3 de junio de 2011.

36 Torres De León, Vasco, “La justicia laboral en Panamá”, Capítulo 6, Parte II, acápite V.1.1, b).

37 Ibidem



De los demás países de la subregión el proceso de tutela se incorporó recientemente en el Código Procesal Laboral aprobado en Nicaragua y se encuentra incorporado asimismo en el primer borrador de la propuesta de la nueva normativa procesal laboral de El Salvador, que está en proceso de análisis y revisión en la Asamblea Legislativa; asimismo se ha incorporado además en la propuesta de anteproyecto de Ley de la Función Pública³⁸ recientemente presentada oficialmente por la Subsecretaría de Gobernabilidad y Modernización del Estado, como un proceso de tutela en sede administrativa; en el resto no existen procesos especiales para la tutela de los derechos fundamentales, por lo que en caso de su afectación deben seguirse los procesos ordinarios sin que existan reglas especiales sobre celeridad acentuada, preferencia en su tramitación, carga de la prueba ni medidas cautelares.

Chile, Colombia y Perú, al igual que *España*, incluyen procedimientos especiales para la tutela de derechos fundamentales aunque con algunas diferencias de procedimiento; no obstante, en Perú sólo referido a la libertad sindical. Ecuador, Venezuela y Uruguay no contemplan procedimientos especiales para la tutela de derechos fundamentales.

• ***Procedimiento de tutela de los derechos fundamentales en España***

Estos derechos gozan de una protección reforzada: por la vía de la jurisdicción ordinaria y por la vía constitucional del recurso de amparo ante el Tribunal

Constitucional, en este caso, cuando hubiese sido ineficaz ante los tribunales la reclamación o invocación del derecho fundamental que se considera violado.

Ante la jurisdicción ordinaria: Cualquier persona podrá recabar la tutela judicial efectiva de las libertades y derechos fundamentales, pero no solo mediante un proceso ordinario de los establecidos en las normas procesales para la reclamación de que se trate, sino por un procedimiento específico basado en los principios de preferencia y sumariedad –que en la jurisdicción laboral está diseñado en los arts. 175 y ss. LPL– y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

La jurisdicción social ha sido pionera en la articulación de este procedimiento específico para la tutela de los derechos fundamentales. La Ley de Procedimiento Laboral que entró en vigor en 1990, cuyo texto fue refundido en la actual Ley de Procedimiento Laboral, es la primera norma procesal que cumpliendo el mandato y la previsión al respecto del art. 53.2 CE regula la tutela de las libertades y de los derechos fundamentales a través de procedimiento basado en esos principios de preferencia y sumariedad. Esta modalidad procesal especial comprende reglas especiales que refuerzan esa protección respecto al procedimiento ordinario, principalmente en materia de distribución de la carga de la prueba, con un contenido que fue decantándose previamente a esa regulación procesal a través de la jurisprudencia constitucional.³⁹

³⁸ La autora de este ensayo formó parte de la Comisión redactora de la propuesta de anteproyecto de Ley de la Función Pública.
³⁹ (STC 67/1982, 55/1987; 47/1985)

Por preferencia ha de entenderse que la tramitación de estos procedimientos se producirá con anterioridad a cualquier otro con independencia del orden de entrada en el Juzgado o Tribunal.⁴⁰

Por sumariidad ha de entenderse sinónimo de celeridad o urgencia, de abreviación de los plazos procesales y suspensión de determinados trámites o una concentración de los mismos, y no su sentido procesal técnico.⁴¹

Ante el Tribunal Constitucional: mediante el Recurso de Amparo. Los derechos fundamentales pueden ser protegidos “en su caso”, es decir, una vez que se hubieran seguido ya, bien los procedimientos ordinarios, en los que se haya invocado la lesión del derecho fundamental, o el procedimiento especial de tutela, configurando así uno y otros como vías previas al amparo.

VII. CONCLUSIONES

- Se advierte la influencia que el modelo español está teniendo en América Latina, donde ya fue incorporado en legislaciones como Chile y más recientemente en Nicaragua, en El Salvador se ha considerado en la propuesta de anteproyecto de Código Procesal Laboral actualmente en estudio en la Asamblea Legislativa y en la propuesta de anteproyecto de Ley de la Función Pública, aún pendiente de ser presentada a la Asamblea Legislativa.
- Es necesario leer los Convenios de la OIT y sus Recomendaciones, de manera conjunta con los pronun-



ciamientos de los órganos de control de dicha organización, esto permite comprender de mejor manera el contenido esencial de cada derecho y del significado de las disposiciones de los Convenios de la OIT.

- Es preciso hacer un examen de compatibilidad de la legislación interna a la luz de las normas internacionales del trabajo ratificadas por El Salvador.
- Actualmente no existen verdaderos mecanismos de protección contra la discriminación en el ámbito laboral, ni en las leyes vigentes que regulan las relaciones laborales en el sector público ni privado se abordan este tipo de vulneraciones mediante procedimientos efectivos, no los hay, por lo que este flagelo se profundiza cada vez más, contaminando los ambientes laborales.
- La falta de análisis y a profundidad de estos temas, tanto a nivel académico, como social y jurídico, abonan para que la discriminación avance, rápidamente y en silencio, como un cáncer.
- Es urgente crear procedimientos especiales que protejan contra la discriminación laboral y otras formas de violencia contra los derechos humanos fundamentales en materia laboral.

⁴⁰ STC 81/1992

⁴¹ El proceso sumario se caracteriza tradicionalmente por la ausencia de cosa juzgada material y la limitación del conocimiento y de los medios de prueba.