

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Michele Tiraboschi (*Italia*)

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Jesús Cruz Villalón (*España*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi Garcia Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marcin Wujczyk (*Polonia*)

12

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (*España*), Fernando Ballester Laguna (*España*), Francisco J. Barba (*España*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Esther Carrizosa Prieto (*España*), M^a José Cervilla Garzón (*España*), Juan Escribano Gutiérrez (*España*), Rodrigo Garcia Schwarz (*Brasil*), José Luis Gil y Gil (*España*), Sandra Goldflus (*Uruguay*), Djamil Tony Kahale Carrillo (*España*), Gabriela Mendizábal Bermúdez (*México*), David Montoya Medina (*España*), María Ascensión Morales (*México*), Juan Manuel Moreno Díaz (*España*), Pilar Núñez-Cortés Contreras (*España*), Eleonora G. Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), María Salas Porras (*España*), José Sánchez Pérez (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), Maria Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Lavinia Serrani (*Italia*), Carmen Solís Prieto (*España*), Marcela Vigna (*Uruguay*)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

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

Juan Pablo MALDONADO MONTOYA**

RESUMEN: El Convenio 111 es importante porque: a) superando el tratamiento parcial para materias concretas y sujetos especiales, es el primero instrumento que a nivel internacional prohíbe la discriminación con carácter general en el mundo del trabajo, precediendo a los adoptados por las Naciones Unidas; b) no solo se ocupa de la discriminación en las condiciones de trabajo, sino también en la admisión en el empleo y el acceso a los medios de formación profesional, tanto por lo que se refiere a los trabajadores subordinados como a los trabajadores por cuenta propia; c) si bien parte de una concepción de igualdad inserta en la idea de igualdad de trato y de oportunidades, pone las bases para superarla y deja la puerta abierta para que los estados establezcan medidas de acción positiva; d) pone el foco en la discriminación indirecta; e) aunque fija el elenco clásico de causas de discriminación a combatir (raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social), invita a los legisladores nacionales a añadir otras. La eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación es una de las cuatro categorías de principios y derechos fundamentales recogidos en la Declaración de la OIT sobre derechos y principios fundamentales en el trabajo y seguimiento, de 1998, de aplicación universal y que todos los Miembros de la OIT han de respetar aun cuando no hayan ratificado los convenios sobre los mismos. La eliminación de la discriminación cobra especial trascendencia en el contexto de la globalización, se integra desde hace tiempo en la idea de trabajo decente y es hoy uno de los objetivos de desarrollo sostenible.

Palabras clave: Discriminación, igualdad, desigualdad, empleo, ocupación.

* El presente trabajo se realiza en el marco del Proyecto I+D+i FEM 2017-83006-R, financiado por la Agencia Estatal de Investigación (AEI) y el Fondo Europeo de Desarrollo regional (FEDER, UE) y dirigido por Ruth Mateos de Cabo.

** Profesor Ordinario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad CEU San Pablo.

SUMARIO: 1. Antecedentes. 2. Sujetos protegidos. 3. Concepto de discriminación. 4. Motivos de discriminación indebida. 4.1. Causas expresamente recogidas en el convenio. 4.1.1. Sexo. 4.1.2. Religión y opinión política. 4.1.3. Raza, color, origen nacional. 4.1.4. Origen social. 4.2. Causas no recogidas en el Convenio 111. 4.3. Concurrencia de causas. 5. Formulación y aplicación de las políticas nacionales. 6. Igualdad, en el horizonte. 7. Bibliografía.

Discrimination (Employment and Occupation) Convention 1958 (No. 111)

ABSTRACT: The 111 convention is relevant because: a) overcoming partial treatment for specific areas and special subjects, it is the first international legal instrument that the ILO use to prohibits discrimination in general terms in the world of work; b) it also takes care of admissions to employment and access to professional training media, for both subordinate and self-employed workers; c) there is also a conception of equality that assumes equal treatment and opportunities, it sets the main base to overcome it, and it leads states to promote positive action measures; d) it focus the attention on indirect discrimination; e) it does not only focus on the classic causes of discrimination (race, skin colour, sex, religion, political opinion, nationality or social origin), it invites national legislators to add many other causes. The disposal of employment and occupancy discriminations, is one of the four categories and principles, and fundamental rights provided by de ILO's Declaration about right and employment fundamental rights and monitoring, in 1998. It has universal application and every ILO's member must respect it, even though the conventions have not yet been ratified. The elimination of discrimination takes on special relevance when it comes to globalization, it has been integrated in the decent employment concept since a long time, and today it is a sustainable development goal.

Key Words: Discrimination, equality, inequality, employment, occupation.

1. Antecedentes

Algunos convenios de la OIT anteriores al Convenio sobre la discriminación en el empleo y la ocupación (1958, núm. 111) contenían cláusulas contra la discriminación, en relación a materias concretas o colectivos determinados. Este es el caso del Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949, núm. 98): los trabajadores “deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo” (art. 2)¹.

Hay que destacar el Convenio sobre política social en territorios no metropolitanos (1947, núm. 82), cuyo artículo 12.2 establece que los acuerdos que se celebren con objeto de reglamentar las cuestiones de interés común que puedan surgir en relación con la aplicación de las disposiciones de dicho Convenio “deberán prever, para los trabajadores migrantes, el disfrute de una protección y de ventajas que no sean menores que las que disfruten los trabajadores residentes en la región del empleo”. De dicho Convenio, hay que resaltar aquí el artículo 18.1, conforme al cual “uno de los fines de la política social deberá ser el de suprimir toda discriminación entre los trabajadores fundada en motivos de raza, color, sexo, credo, asociación a una tribu o afiliación a un sindicato” en una serie de materias².

En el mismo sentido, el artículo 18.2, a tenor del cual, como regla general “deberán tomarse todas las medidas pertinentes a fin de reducir cualquier diferencia en las tasas de salarios que resulte de discriminaciones fundadas en motivos de raza, color, sexo, credo, asociación a una tribu o afiliación a un sindicato, elevando las tasas aplicables a los trabajadores peor

¹ Dicha protección se dirige 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 de 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”.

² Esas materias son: *a)* legislación y contratos de trabajo, que deberán ofrecer un trato económico equitativo a todos los que residan o trabajen legalmente en el territorio; *b)* admisión a los empleos, tanto públicos como privados; *c)* condiciones de contratación y de ascenso; *d)* facilidades para la formación profesional; *e)* condiciones de trabajo; *f)* medidas de higiene, seguridad y bienestar; *g)* disciplina; *h)* participación en la negociación de contratos colectivos; *i)* tasas de salarios, las cuales deberán fijarse de acuerdo con el principio de salario igual por un trabajo de igual valor, en la misma operación y en la misma empresa, en la medida en que este principio esté admitido en el territorio metropolitano.

pagados”. Y todo ello, sin “menoscabo alguno a las medidas que la autoridad competente juzgue necesario u oportuno adoptar con objeto de proteger la maternidad, la salud, la seguridad y el bienestar de las trabajadoras” (art. 18.4).

En sentido parecido, el Convenio sobre los trabajadores migrantes (1949, núm. 97) prevé que “todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales” en relación con diversas materias (art. 6.1)³.

Antecedente es también el Convenio sobre igualdad de remuneración (1951, núm. 100), otro de los convenios fundamentales. El artículo 2.1 de este Convenio establece que “todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”.

Todos estos antecedentes se caracterizan por un tratamiento parcial y casuístico, por materias y sujetos especiales, pero ningún instrumento internacional adoptado con anterioridad al Convenio número 111 se ocupó de la discriminación en materia de ocupación y empleo. Es decir, dicho convenio extiende por primera vez el principio de igualdad de trato y de oportunidades a la política de empleo en su conjunto a través de un

³ Muy amplias: *a)* siempre que estos puntos estén reglamentados por la legislación o dependan de las autoridades administrativas (i) la remuneración, comprendidos los subsidios familiares cuando éstos formen parte de la remuneración, las horas de trabajo, las horas extraordinarias, las vacaciones pagadas, las limitaciones al trabajo a domicilio, la edad de admisión al empleo, el aprendizaje y la formación profesional, el trabajo de las mujeres y de los menores; (ii) la afiliación a las organizaciones sindicales y el disfrute de las ventajas que ofrecen los contratos colectivos; (iii) la vivienda); *b)* la seguridad social (es decir, las disposiciones legales relativas a accidentes del trabajo, enfermedades profesionales, maternidad, enfermedad, vejez y muerte, desempleo y obligaciones familiares, así como a cualquier otro riesgo que, de acuerdo con la legislación nacional, esté comprendido en un régimen de seguridad social), a reserva: (i) de acuerdos apropiados para la conservación de los derechos adquiridos y de los derechos en curso de adquisición; (ii) de disposiciones especiales establecidas por la legislación nacional del país de inmigración sobre las prestaciones o fracciones de prestación pagaderas exclusivamente con los fondos públicos, y sobre las asignaciones pagadas a las personas que no reúnen las condiciones de cotización exigidas para la atribución de una pensión normal; *c)* los impuestos, derechos y contribuciones del trabajo que deba pagar, por concepto del trabajo, la persona empleada; *d)* las acciones judiciales relacionadas con las cuestiones mencionadas en el presente Convenio.

acuerdo internacional⁴.

En el seno de la OIT, el antecedente de una fuente que siente dicho principio con carácter general lo encontramos en la Declaración de Filadelfia (1944) –incorporado a la Constitución de la OIT– cuando afirma que “todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”. Asimismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, que bajo la idea recogida en su Preámbulo de iguales derechos de “todos los miembros de la familia humana” enuncia el principio de igualdad en diversos preceptos⁵. Especial significación tiene el salto que se da desde el tratamiento de la discriminación en sede de derechos humanos, donde por naturaleza rige el principio de igualdad entre los seres humanos, a su incorporación a las relaciones laborales, que al vertebrarse contractualmente están regidas –si bien debilitado– por el principio de la autonomía privada⁶. Adviértase que los avances en materia de igualdad y no discriminación en el ámbito del trabajo asalariado comportan nuevos límites tanto a la autonomía de la voluntad de las partes como a las facultades directivas del empresario. Dicho avance no entra en contradicción ni con el contrato de trabajo ni con el Derecho del Trabajo, cuyo desarrollo es posible contemplar “...como una progresiva limitación de los poderes del empresario sobre la relación de trabajo y, consiguientemente, sobre el trabajador mismo, parte en esa relación”⁷.

El Convenio número 111 ha alcanzado la ratificación –casi universal– por 175 países. Solo 12 de los 187 miembros de la OIT no lo han hecho. A fecha de hoy, las excepciones son: Brunei Darussalam, Estados Unidos, Islas Cook, Islas Marshall, Japón, Malasia, Myanmar, Omán, Palau, Singapur, Tonga y Tuvalu. En cualquier caso, es de recordar que la declaración de la OIT sobre *principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*, de 1998⁸, afirma que los Miembros de la OIT tienen un

⁴ AA.VV., *La cuadragésima segunda reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 1958, vol. LVIII, n. 3, p. 288.

⁵ “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...” (art. 1); “todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la Ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.” (art. 7), y –más específico– artículo 23.2 “toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual” (art. 23.2).

⁶ F. MARINELLI, *Il divieto di discriminazione del lavoratore subordinato: ILO versus Unione europea*, en *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2018, v. 28, n. 1, p. 203.

⁷ M. ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 6ª ed., Madrid, Civitas, 2002, p. 523.

⁸ Adoptada en la 68ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 18 de junio de

compromiso, que se deriva de su mera pertenencia a la Organización, de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y conforme a la Constitución de la OIT, los principios relativos a los derechos fundamentales objeto de los convenios que han sido reconocidos como fundamentales, entre los que se encuentra el número 111 y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. En consecuencia, y como la Declaración de 1998 establece, la “eliminación de la discriminación en el empleo y ocupación” es una de las cuatro categorías de principios y derechos fundamentales, de aplicación universal, que son objeto de seguimiento anual por la OIT, tanto en los Miembros de la Organización que han ratificado los convenios correspondientes como en los que no lo han hecho.

2. Sujetos protegidos

No existe disposición alguna en el Convenio 111 que restrinja su ámbito de aplicación en función de personas o sectores de actividad. Y es que el objetivo del Convenio es proteger a todas las personas frente a la discriminación en el empleo y la ocupación. En consecuencia, el Convenio 111 se aplica a todos los trabajadores, en su más amplio sentido: nacionales y extranjeros, de cualquier rama de actividad, del sector privado y del público, de la economía formal e informal⁹.

Muchas de las dificultades de aplicación del Convenio 111 están relacionadas por el hecho de que fácilmente las legislaciones laborales internas de los Miembros excluyen a determinadas categorías y grupos de trabajadores; los más frecuentes: funcionarios públicos, ciertos trabajadores agrícolas, trabajadores ocasionales, trabajadores por cuenta propia, trabajadores de la economía informal, extranjeros, domésticos¹⁰. También suele ocurrir con los miembros del poder judicial, de las fuerzas armadas, de la policía y otros colectivos regidos por un estatuto o ley específica. Por ello, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones recuerda que los Miembros tienen la obligación de garantizar y promover la aplicación de los principios contenidos en el

1998, y revisada el 15 de julio de 2010.

⁹ OIT, *Dar un rostro humano a la globalización: Estudio general sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, 2008, Conferencia Internacional del Trabajo, 101^a reunión, Informe III (parte 1B), OIT, Ginebra, 2012, p. 327.

¹⁰ La Recomendación 111 contiene disposiciones concretas sobre los trabajadores migrantes.

Convenio 111 a “todos los trabajadores”, no sólo los incluidos en la legislación laboral¹¹.

3. Concepto de discriminación

Según el artículo 1 del Convenio 111, a los efectos del mismo, “el término discriminación comprende: *a)* cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo o la ocupación; *b)* 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 trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados”. A la vista de la anterior definición, se entiende que existe discriminación “siempre que una persona no disfrute plenamente –por razones que no se debieran tener en cuenta- de las mismas oportunidades o el mismo trato del que gozan otras personas” en cuanto al empleo y ocupación¹².

A. El concepto de discriminación a que el Convenio se refiere alcanza no solo las actitudes negativas o de rechazo, más o menos evidentes, sino también aquellas otras más sutiles y discretas que dan preferencia –o postergan- a unos sobre otros por aquellas indebidas razones. Tiene además vocación omnicompreensiva, de tal manera que no se circunscribe a la legislación y prácticas de los estados¹³, sino a “cualquier distinción, exclusión o preferencia” sea cual sea su autor y el medio operativo. Alcanza por tanto a particulares e interlocutores sociales, y a normas, contratos (individuales y colectivos), órdenes y prácticas¹⁴.

¹¹ OIT, *Dar un rostro humano a la globalización...*, op. cit., pp. 329-331.

¹² C. ROSSILLON, *La OIT y la eliminación de la discriminación en el empleo*, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 1987, n. 76, p. 13.

¹³ Según el apartado 5 de la Recomendación 111, “todo Miembro debería derogar las disposiciones legislativas y modificar las disposiciones o prácticas administrativas que sean incompatibles con esta política”.

¹⁴ En este sentido, las letras *c)*, *d)*, *e)* y *f)* del apartado 2 de la Recomendación 111 (complementaria del Convenio 111): “*c)* todos los organismos oficiales deberían aplicar una política de empleo no discriminatoria en todas sus actividades; *d)* los empleadores no deberían practicar ni tolerar discriminaciones al contratar, formar, ascender o conservar en el empleo a cualquier persona o al fijar sus condiciones de trabajo; al llevar a la práctica este principio, los empleadores no deberían ser objeto de ninguna obstrucción o

B. La expresión “que tenga por efecto” implica que para que exista discriminación no se exige la existencia de intencionalidad. Basta con que se produzca un efecto discriminatorio para que exista discriminación. Puede por tanto concluirse que existe discriminación sin necesidad de desplegar indagación alguna sobre si hubo intención consciente de discriminar, y que se ha producido discriminación sin que exista un autor claramente identificable; así ocurre por ejemplo cuando la discriminación es estructural, resultado de cómo la sociedad y el mercado de trabajo operan y están ordenados, formal o informalmente¹⁵.

C. Queda proscrita no solo la discriminación directa, sino también la indirecta. Es directa cuando las normas, prácticas o políticas excluyen o dan preferencia a ciertas personas por el mero hecho de pertenecer a un determinado colectivo. La discriminación indirecta se refiere a situaciones, regulaciones o prácticas aparentemente neutras pero que, en realidad, crean desigualdades con respecto a personas que tienen determinadas características; lo que ocurre cuando idénticas condiciones, tratamientos o criterios se aplican a todos pero sus consecuencias tienen un impacto sumamente desfavorable en algunos por motivos basados en su raza, color, sexo, religión, etc., sin que estén debidas directamente por los requerimientos del empleo¹⁶. Ejemplo típico de discriminación directa -y burda- es la oferta pública de un puesto de trabajo en la que se excluyen candidatos de un determinado sexo, raza, color, etc. Ejemplos de discriminación indirecta son: la exigencia de acudir a cursos de formación fuera de la jornada de trabajo (discrimina a trabajadores con responsabilidades familiares), o cuando la legislación establece una inferior remuneración por un mismo trabajo o por trabajo de igual valor o protección al personal doméstico en comparación la establecida para el resto de los trabajadores asalariados (perjudica a mujeres y minorías étnicas, raciales o a extranjeros, que fácilmente son los en mayor

intervención, directa o indirecta, por parte de personas u organizaciones; e) en las negociaciones colectivas y en las relaciones de trabajo, las partes deberían respetar el principio de igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, y cerciorarse de que los contratos colectivos no contengan cláusulas de carácter discriminatorio en relación con el acceso a los medios de formación, ascenso o conservación del empleo o condiciones de trabajo; f) las organizaciones de empleadores y de trabajadores no deberían practicar ni tolerar discriminación alguna respecto a la afiliación en las mismas, a la conservación de dicha afiliación o a la participación en los asuntos sindicales”.

¹⁵ T. TEKLÈ, *Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111)*, en E. ALES, M. BELL, O. DEINERT, S. ROBIN-OLIVIER (eds.), *International and European Labour Law: A Commentary*, Oxford, Hart Publishing, 2018, p. 614.

¹⁶ OIT, *Dar un rostro humano a la globalización...*, *op. cit.*, p. 333.

porcentaje ocupan esos puestos de trabajo)¹⁷, o exigencias de estatura para acceder a determinadas ocupaciones (van en detrimento de los candidatos mujeres o de determinadas etnias) cuando estas exigencias no son calificaciones exigidas para estas ocupaciones.

La política contra discriminación indirecta es mucho más compleja que la que la directa exige. La igualdad de trato y de oportunidades es básica para combatir la discriminación directa, pero aplicada en sentido estricto y sin matices puede consolidar y agravar discriminaciones indirectas¹⁸. El ejemplo más claro es el de las mujeres en la empresa amoldada desde sus orígenes a la medida de trabajadores varones (que apenas asumían deberes de cuidado de la familia). Un aliado indispensable para detectar y actuar correctamente frente a discriminaciones indirectas -muchas de ellas imperceptibles- son las estadísticas. La principal dificultad de las actuaciones contra la discriminación indirecta es cómo combatirla sin introducir nuevas discriminaciones y nuevos colectivos perjudicados¹⁹.

Aunque el Convenio número 111 nació como respuesta a las pautas de tratamiento diferenciado y exclusión de que eran objeto ciertos grupos; en 1958, la lucha contra la discriminación en el empleo y la ocupación se concebía como la tarea de garantizar el mismo trato a todas las personas, en función de sus capacidades y méritos, proscribiendo así las diferencias basadas en estereotipos o prejuicios hacia ciertos grupos, el mismo Convenio contempla algunas posibilidades que pudiera parecer que van en distinto sentido. Así ocurre con el artículo 1.2 del Convenio, conforme al cual “las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación” (*infra*, 3. E). De hecho, para algunos autores la previsión del artículo 5.2, como excepción, de 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”, parecía reforzar en realidad

¹⁷ Informe del Director General de la OIT sobre *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, 96ª Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 2007, p. 9.

¹⁸ J.A. GRISOLIA, R.D. HIERREZUELO, *La discriminación en el derecho del trabajo: el caso argentino*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones laborales y Derecho del Empleo*, 2013, vol. 1, n. 1, p. 3, advierten del riesgo que supone centrar el análisis de las prácticas sociales en las víctimas de prácticas discriminatorias y en dirigir el análisis a preguntar por qué la sociedad discrimina a dichos colectivos, pues de esta manera las conductas discriminatorias se normalizan.

¹⁹ Véase, M. TOMEL, *Análisis de los conceptos de discriminación e igualdad en el trabajo*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 2003, vol. 122, n. 4, pp. 443 y ss.

la legitimidad del patrón social dominante²⁰.

Lo que realmente supone el ensanchamiento del principio de igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación es la proscripción de la discriminación indirecta²¹. Además, a pesar del inconveniente antes expuesto, la posibilidad de medidas especiales de protección o asistencia contempladas en el artículo 5 deja la puerta abierta a los estados para establecer medidas de acción positiva y marca el rumbo a seguir.

Las medidas a las que se refiere el artículo 5 del Convenio pueden ser de dos tipos: *a)* El artículo 5.1 establece que las “medidas especiales de protección o asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo no se consideran discriminatorias”. Ejemplos son medidas especiales en relación con: los trabajadores con responsabilidades familiares, pueblos indígenas, trabajadores de edad, personas con discapacidad, personas que viven con el VIH/sida y la protección de la maternidad. *b)* 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 que, previa consulta con las organizaciones de empleadores y trabajadores cuando dichas organizaciones existan, cada país defina como no discriminatorias (art. 5.2 del Convenio)²². La consulta previa a las organizaciones de

²⁰ Al concebirse como excepciones a la norma de igualdad de trato y de oportunidades, estas medidas refuerzan los estereotipos sobre una desigualdad natural de las personas pertenecientes a grupos que precisan un trato diferenciado, así como alimentan prejuicios contra ellas (C. SHEPPARD, *Normas antidiscriminatorias internacionales y desigualdad laboral: la igualdad, un concepto en expansión*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 2012, vol. 131, n. 1-2, p. 6).

²¹ En este sentido, el Informe del Director General de la OIT sobre *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, *op. cit.*, p. 18: “El concepto de discriminación indirecta pone al descubierto los prejuicios inherentes a una gran variedad de instituciones, normas y prácticas prevalecientes en el lugar de trabajo. Los locales de trabajo están contruidos en principio para trabajadores sin discapacidades físicas. En los lugares de trabajo, los horarios, incluidos los de las reuniones de trabajo, suelen fijarse atendiendo al modelo de jornada masculina, en que se hace caso omiso de las responsabilidades inherentes a la crianza de los hijos. Estas prácticas pueden impedir de hecho la participación de los trabajadores que deben retirarse del trabajo a una hora determinada para recoger a sus hijos de la guardería (...)”.

²² Hay que tener presente el párrafo 6 de la Recomendación 111, conforme al cual “la aplicación de la política de no discriminación no debería menoscabar las medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o

empleadores y trabajadores se concibe como garantía de que las medidas especiales se adopten proporcionalmente a la naturaleza y alcance de la protección que deba depararse o de la discriminación efectiva²³.

La Comisión de Expertos hace hincapié en la necesidad de que la maternidad requiere un trato diferenciado para lograr una verdadera igualdad, de tal manera que se debería garantizar la protección de la maternidad para que las mujeres puedan ejercer de madres sin sufrir en el mercado de trabajo. Ahora bien, la Comisión advierte que las medidas de protección para las mujeres adoptadas por varios países que van más allá de la maternidad son discriminatorias. Se refiere a medidas destinadas a proteger a las mujeres en general por su sexo, basándose en percepciones estereotipadas de sus capacidades y del papel que les corresponde en la sociedad, que resultan contrarias al Convenio y suponen un obstáculo para la contratación y el empleo de las mujeres: prohibición general del trabajo nocturno para las mujeres, limitaciones de las horas de trabajo basadas únicamente en el sexo, la o las exclusión de las mujeres de determinadas ocupaciones o sectores por razón tan solo de su sexo²⁴.

De la misma manera que las medidas especiales previstas en el artículo 5 del Convenio no se consideran discriminatorias por obedecer a la finalidad de proteger a grupos vulnerables, tampoco lo son las medidas positivas, es decir, aquellas medidas que tiene por finalidad promover la igualdad de oportunidades de determinados grupos sociales claramente definidos que son objeto de prácticas discriminatorias caracterizadas, y que son aplicables durante todo el tiempo en que esos grupos sociales no estén de hecho en condiciones de ejercer sus derechos de igualdad de trato y no discriminación. Estas medidas se incardinan en las políticas que los países han de adoptar para promover la igualdad de oportunidades y de trato prevista en el artículo 2 del Convenio, conforme a las condiciones y las prácticas nacionales²⁵.

D. La discriminación prohibida en el Convenio 111 es la que opera “en el empleo y la ocupación”, términos que –en palabras del art. 1.3- “incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de

cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia social”.

²³ OIT, *Igualdad en el empleo y la ocupación: Estudio especial sobre la igualdad en el empleo y la ocupación prevista en el Convenio núm. 111*, Conferencia Internacional del Trabajo, 83ª reunión, Informe III (Parte 4B), OIT, Ginebra, 1996, p. 45. Una vez adoptadas, estas medidas especiales deberían examinarse periódicamente, para verificar que siguen teniendo sentido y son eficaces.

²⁴ OIT, *Dar un rostro humano a la globalización...*, *op. cit.*, pp. 372 y 373.

²⁵ OIT, *Igualdad en el empleo y la ocupación...*, *op. cit.*, pp. 130 y 131.

trabajo”. Adviértase la amplitud de las materias a las que se extiende y que el apartado 2 *b*) de la Recomendación 111 detalla: (i) acceso a los servicios de orientación profesional y de colocación; (ii) acceso a los medios de formación profesional y admisión en un empleo de su propia elección, basándose en la aptitud individual para dicha formación o empleo; (iii) ascenso de acuerdo con la conducta, experiencia, capacidad y laboriosidad de cada persona; (iv) seguridad en el empleo; (v) remuneración por un trabajo de igual valor; (vi) condiciones de trabajo, entre ellas horas de trabajo, períodos de descanso, vacaciones anuales pagadas, seguridad e higiene en el trabajo, seguridad social, servicios sociales y prestaciones sociales en relación con el empleo. Hay que tener presente el Convenio sobre la terminación de la relación laboral (1982, núm. 158), que entre los motivos que no constituyen causa justificada para la terminación de la relación de trabajo incluye -art. 5 *d*)- “la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social²⁶”.

E. El artículo 1.2 del Convenio se encarga de aclarar que “las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación”. Aunque no parece fácil encontrar muchos supuestos en que eso pueda ocurrir, existen. Así, por ejemplo, no parece que se incurra en la discriminación prohibida al exigir la condición de creyente para ocupar el puesto de profesor de religión en un centro educativo privado o incluso público; si se incurriría en discriminación si se exige dicho requisito para cubrir en el mismo tipo de centro un puesto de trabajo que no tiene por función la de transmitir la fe. Tampoco se incurre en ella por exigir ser de un determinado sexo para ocupar un puesto que conlleva una proximidad física a otras personas o para trabajar en espectáculos públicos²⁷.

Asimismo, no se consideran como discriminatorias –art. 4- “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 esa actividad, siempre que dicha persona tenga derecho a recurrir a un Tribunal competente conforme a la práctica nacional”. Al respecto hay que hacer algunas consideraciones: primera, que estas medidas son posibles en consideración

²⁶ A lo que se suma la previsión del art. 8 del Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (1981, núm. 156), de tal manera que “la responsabilidad familiar no debe constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo”.

²⁷ Informe del Director General de la OIT sobre *La igualdad en el trabajo: afrontar...*, *op. cit.*, p. 10.

a actividades individuales, pero no por pertenecer a un grupo o colectivo; segunda, la noción de “seguridad del Estado” ha de interpretarse de manera estricta, sin que la simple manifestación de opiniones o de creencias religiosas, filosóficas o políticas sea suficiente para aplicar la cláusula de excepción, ni las personas que participen en actividades para expresar o demostrar oposición a los principios políticos establecidos por métodos no violentos estén excluidas de la protección del Convenio²⁸, y tercera, que –como advierte el art. 4– ha de existir la posibilidad de recurso por parte del afectado²⁹.

Y tampoco se consideran discriminatorias las medidas especiales previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 5 del Convenio, a las que ya nos hemos referido anteriormente (*supra*, 3. C).

4. Motivos de discriminación indebida

El artículo 1 *a)* del Convenio 111 fija un elenco de motivos de discriminación prohibidos: “raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social”. Dicha lista supone un mínimo, que desde un principio estaba llamada a ser ampliado por las legislaciones nacionales. De ahí que la letra *b)* del mismo artículo añada “cualquier otra (...) que podrá ser especificada por el Miembro interesado, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados”.

4.1. Causas expresamente recogidas en el Convenio

Las causas indicadas en la letra *a)* del artículo 1 son: “raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social”. A ellas se refiere el *Informe sobre la Igualdad en el Trabajo: Afrontar los retos que se plantean*, de 2007³⁰, bajo el epígrafe “Formas de discriminación reconocidas desde antiguo”.

²⁸ OIT, *Dar un rostro humano a la globalización...*, *op. cit.*, p. 370.

²⁹ Estas consideraciones, en C. ROSSILLION, *La OIT y la eliminación de la discriminación en el empleo*, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 1987, n. 76, p. 17.

³⁰ Informe del Director General de la OIT sobre *La igualdad en el trabajo...*, *op. cit.*, p. 10.

4.1.1. Sexo

Es seguramente esta causa de discriminación –que en la práctica posterga sobre todo a mujeres- la que merece mayor atención por las políticas de igualdad nacionales, que han experimentado un espectacular desarrollo, pero que sigue siendo insuficientes para atajar la que es una de las grandes cuestiones de nuestro tiempo.

La discriminación por razón de sexo comprende tanto las distinciones basadas en características biológicas como las diferencias de trato y de oportunidades que obedecen a funciones y responsabilidades que la sociedad atribuye a determinado sexo³¹. Esas distinciones se establecen explícita implícitamente en detrimento de las personas de uno o de otro sexo³².

Antecedente en este punto es el Convenio sobre igualdad de remuneración (1951, núm. 100). Aunque de los trabajos preparatorios del Convenio número 111 se deduce que la idea primigenia era que la cuestión concreta de la igualdad de retribución entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por trabajo de igual valor quedara al margen del Convenio 111³³, es inevitable su análisis conjunto, como de hecho viene haciendo la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones en sus sucesivos análisis, que analizan el desarrollo de ambos convenios bajo un mismo epígrafe, de “Igualdad de Oportunidades y Trato”³⁴.

La discriminación por motivo de sexo incluye también las discriminaciones que obedecen al estado civil, la situación matrimonial o la familiar, las responsabilidades familiares, el embarazo y el parto³⁵. El acoso sexual es una forma particular de discriminación por razón de sexo, que los Miembros deben prohibir y tratar a través de medidas adecuadas. A estos efectos, el acoso sexual contiene varios elementos clave, según países: a) *Quid pro quo*, esto es, cualquier comportamiento -verbal, no verbal o físico- de naturaleza sexual -u otro comportamiento basado en el

³¹ OIT, *Dar un rostro humano a la globalización...*, *op. cit.*, p. 348.

³² C. THOMAS, Y. HORII, *Equality of opportunity and treatment in employment and occupation*, en INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Fundamental Rights at Work and International Labour Standards*, Geneva, 2003, p. 62.

³³ Artículo 6 del Proyecto de Convenio sobre Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación [Conferencia Internacional del Trabajo, 42ª reunión, Informe IV (2), “Discriminación en materia de empleo y ocupación”, Ginebra, OIT, 1975, p. 37)].

³⁴ Nos remitimos aquí al artículo de este número especial de la *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y del Derecho al Empleo* que se ocupa del Convenio núm. 100.

³⁵ C. THOMAS, Y. HORII, *Equality of opportunity and treatment*, *op. cit.*, p. 62.

sexo- que afecte a la dignidad de las mujeres y de los hombres, que sea “no deseado, irrazonable y ofensivo para el destinatario”; el rechazo de una persona o la sumisión a ella que -explícita o implícitamente- fundamente una decisión que afecta al trabajo de esa persona; o *b*) Entorno de trabajo hostil, esto es, el comportamiento que crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para el destinatario³⁶. Esta cuestión ha sido expresamente tratada en la Conferencia Internacional del Trabajo número 108, que con fecha 21 de junio de 2019 ha adoptado tanto el Convenio 190, sobre la eliminación de la violencia y el acoso (en el mundo del trabajo) como la Recomendación número 206, sobre el mismo tema.

4.1.2. Religión y opinión política

Se suelen identificar ambas causas de discriminación, religión y opinión política, por estar ambas estrechamente ligadas a la libertad de conciencia. Existen no obstante claras diferencias entre una y otra.

La referencia a la “religión” implica que el Convenio protege contra la discriminación basada tanto en: *a*) una determinada creencia religiosa o en su ausencia, como *b*) las manifestaciones externas de dichas creencias³⁷. En consecuencia, no se puede impedir el acceso a la educación o al empleo por tener o no determinadas creencias religiosas o por signos externos de la fe. La discriminación por razón de religión puede presentarse ligada a la discriminación por motivo de raza o etnia. Por otro lado, caben aquí excepciones por lo que se refiere a la cobertura de determinados puestos de trabajo en los que la creencia religiosa se entiende que es necesaria para la ejecución del trabajo (por ejemplo, profesor de una determinada religión cuyo objetivo es la transmisión de la fe).

La referencia a la las “opinión política” comporta la protección frente a discriminaciones motivadas por expresar o mostrar oposición a los principios y opiniones políticas establecidas. La excepción la encontramos En el acceso a determinados niveles de la función pública, que bien pudiera exigir candidatos cuyas ideas políticas no resultasen incompatibles con los valores inherentes a esa Administración pública.

³⁶ En este sentido, OIT, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe General, III (Parte 1A)”, 2003, p. 504.

³⁷ C. THOMAS, Y. HORII, *Equality of opportunity and treatment*, *op. cit.*, p. 62.

4.1.3. Raza, color, origen nacional

La actividad internacional encaminada a erradicar este tipo de discriminaciones es considerable. Hay que destacar la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965, así como diversos instrumentos que la complementan: la Declaración de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia³⁸; la proclamación en diciembre de 2014 del Decenio Internacional para los Afrodescendientes por la Asamblea General de Naciones Unidas (2015-2024), y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, con la que se quiere combatir las desigualdades no solo dentro de los países sino también entre ellos, como uno de los grandes desafíos a los que hoy se enfrenta la humanidad.

A pesar de los avances y que la mayoría de las legislaciones nacionales prohíben la discriminación por razón de raza, color o ascendencia nacional, son muchos menos países los que adoptan medidas proactivas e integrales dirigidas a promover una igualdad sustantiva respecto de estos motivos. Las desigualdades afectan sobremanera a determinados grupos y a sus integrantes, debido a la raza, al color o a la ascendencia nacional. Estas causas de discriminación interactúan con otros motivos de discriminación prohibidos, como el origen social y la religión, y de manera muy perjudicial para mujeres y niñas (*infra*, 4.3)³⁹.

Este tipo de discriminación resulta especialmente persistente, al extenderse fácilmente durante generaciones incluso cuando se garantiza la igualdad de oportunidades⁴⁰.

A los efectos del Convenio, la discriminación por motivo de “raza” alcanza a cualquier discriminación contra comunidades lingüísticas o grupos minoritarios cuya identidad se basa en características religiosas o culturales, o que obedezcan al origen nacional o étnico. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones viene

³⁸ DURBAN, 2001.

³⁹ OIT, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(A), 2019, p. 387.

⁴⁰ Este problema tiene que ver con su dificultad para adquirir “capital humano” que permita a los miembros de determinadas comunidades raciales o étnicas pasar desde los trabajos menos cualificados a los más cualificados, por lo que la mejor manera de reducir la discriminación de estos colectivos es a través de formación de calidad. En este sentido, M. FUGAZZA, *La discriminación racial. Teorías, hechos y planes políticos*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 2003, vol. 122, n. 4, pp. 561 y ss.

examinando la discriminación basada en motivos de raza junto a la discriminación por motivos de color, dado que este último es una de las características étnicas que diferencia a los seres humanos.

La discriminación motivada por “ascendencia nacional” incluye la que obedece al lugar de nacimiento, la ascendencia o el origen extranjero de la persona⁴¹. La “ascendencia nacional” no se refiere a las distinciones entre personas de distintas nacionalidades, es decir, entre ciudadanos de un país y otro país, sino a las motivadas por el lugar de nacimiento de una persona, ascendencia u origen extranjero. De este modo, la protección frente a la discriminación por motivo de “ascendencia nacional” protege a los inmigrantes extranjeros que han adquirido la ciudadanía a través de naturalización o a ciudadanos que descienden de inmigrantes extranjeros, y a las personas comprendidas en grupos de extracción u origen nacional diferentes pero que viven en el mismo Estado⁴².

Aunque el artículo 1 *a)* del Convenio no hace mención expresa a la “nacionalidad”, tanto los nacionales como los no nacionales deberían estar protegidos contra la discriminación por los motivos previstos en el Convenio. Esto reza también para los inmigrantes en situación irregular. Los inmigrantes son particularmente vulnerables a los prejuicios y diferencias de trato en el mercado laboral, por motivos relacionados con la raza, el color y la ascendencia nacional⁴³.

Preocupación de la Comisión de Expertos es también el acoso racial, que se produce cuando una persona es objeto de una conducta física, verbal o no verbal basado en la raza que afecta su dignidad o que causa un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para el destinatario. En este sentido, la Comisión aplaude los esfuerzos realizados en muchos países para hacer frente a la discriminación por razón de raza, color y ascendencia nacional, mediante varias medidas concretas, que incluyen: *a)* objetivos y cuotas en la educación, en la formación profesional y en el empleo; *b)* programas especiales de promoción del empleo; *c)* planes de acción centrados en grupos étnicos específicos, y *d)* el establecimiento de organismos especializados (unas veces con funciones de sensibilización y de promoción; otras, el tratamiento de las quejas de discriminación y la formulación de recomendaciones en materia de políticas). A pesar de todo, el impacto de las medidas adoptadas sigue siendo incierto en la

⁴¹ OIT, *Informe de la Comisión de Expertos...*, 2019, *op. cit.*, p. 387.

⁴² THOMAS C., HORII Y., *Equality of opportunity and treatment...*, *op. cit.*, p. 62.

⁴³ La OIT, *Dar un rostro humano a la globalización...*, *op. cit.*, p. 346, entiende que los gobiernos deben formular y seguir un apolítica nacional de igualdad que cubra a todos los trabajadores “incluyendo a los inmigrantes, con el fin de eliminar la discriminación contra ellos sobre la base de los motivos enumerados en el Convenio”.

mayoría de los casos, debido fundamentalmente a la ausencia de seguimiento regular y de evaluaciones periódicas, y a falta de estadísticas del empleo desglosadas por origen étnico. Inquietud de la Comisión de Expertos son asimismo las actitudes y los estereotipos discriminatorios basados en la raza, el color y la ascendencia nacional de los trabajadores y de las trabajadoras que “de manera desproporcionada” siguen dificultando su participación en la educación y los programas de formación profesional⁴⁴, así como el acceso a una más amplia gama de oportunidades de empleo, lo que da lugar a una persistente segregación ocupacional y a unas remuneraciones más bajas por un trabajo de igual valor, con frecuencia en la economía sumergida^{45,46}.

Se hace preciso un enfoque integral y coordinado, que incluya: *a)* la adopción medidas convergentes dirigidas a abordar las brechas en la educación, la formación y la capacitación, *b)* una orientación vocacional imparcial, *c)* reconocer y validar las calificaciones obtenidas en el extranjero, y valorar y *d)* reconocer los conocimientos y las habilidades tradicionales que pueden ser pertinentes para el acceso y los progresos en el empleo y para ejercer una ocupación. Es preciso asimismo allanar el acceso a los mecanismos de solución de conflictos a los que sufren discriminación por motivos de raza, color y ascendencia nacional⁴⁷.

⁴⁴ De ahí la recomendación de la Comisión de Expertos de poner en marcha programas de sensibilización y de educación para combatir prejuicios y estereotipos (OIT, *Informe de la Comisión de Expertos...*, 2019, *op. cit.*, p. 390).

⁴⁵ OIT, *Informe de la Comisión de Expertos...*, 2019, *op. cit.*, p. 388.

⁴⁶ En numerosos países, la actividad económica discurre en parte en la economía informal, en la que no se impone la regulación del Estado sino formas de ordenación social, que los trabajadores pueden incluso considerar natural, y que suele ser excluyente y discriminatoria. En realidad, en este tipo de economías solo una parte muy pequeña de los trabajadores se beneficia de las leyes antidiscriminatorias (B. HARRISS-WHITE, *La desigualdad en el trabajo en la economía informal. Cuestiones esenciales ejemplos*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 2003, vol. 122, n. 4, pp. 507 y ss.). Al respecto, véase también M. MIÑARRO YANINI, *Migrantes y desplazados*, en C. GALA DURÁN, F.J. CALVO GALLEGO (DIRS.) y J.M. MORALES ORTEGA (coord.), *Pobreza en la ocupación e instrumentos de reacción*, Murcia, Laborum, 2018, p. 384.

⁴⁷ OIT, *Informe de la Comisión de Expertos...*, 2019, p. 389. La Comisión de Expertos ha prevenido contra los obstáculos que de hecho impiden el acceso a la justicia a aquellos que son discriminados por motivos de raza, el color y la ascendencia nacional, (obstáculos de naturaleza incluso física, económica y lingüística), y propone mecanismos de solución de conflictos más accesibles, en los que la carga y el nivel de la prueba exigida no cierren su acceso a la justicia. En parecido sentido, se entiende que perseguir este tipo de discriminación sólo a través de procedimientos penales no es lo idóneo (por la sensibilidad de la cuestión, la mayor exigencia de prueba y la tendencia a contemplar únicamente las conductas más graves) e invita a seguir otras vías más efectivas. Igualmente, se ha de mejorar la capacidad de las autoridades encargadas de hacer cumplir

4.1.4. Origen social

La discriminación por motivos de origen social se refiere a “aquellas situaciones en las que la pertenencia de una persona a una clase, categoría socioprofesional o casta condiciona su futuro profesional, ya sea porque tiene vetado el acceso a ciertos empleos o actividades, o porque solo le ofrecen determinados empleos”⁴⁸. La discriminación por origen social alcanza también a la motivada por nacimiento o propiedad (art. 2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966), y con frecuencia se solapa con la discriminación por razón de raza -o etnia- y religión. Esas tres circunstancias, origen social, nacimiento y propiedad tienen en común que se refieren a un estatus impuesto a la persona que obedece a condiciones sociales, económicas y biológicas heredadas. Ejemplos son la ascendencia, el haber nacido fuera del matrimonio, ser adoptado, la pertenencia a una clase social, a una casta, la condición o no de propietario o arrendatario, la pobreza. Esta última -manifestación de “aporofobia”⁴⁹- es probablemente la más extendida⁵⁰.

Este tipo de discriminación opera incluso en sociedades en las que se considera que existe una elevada movilidad social⁵¹. La lucha contra este tipo de discriminación, que no es fácilmente reconocible, entraña enorme complejidad. Las medidas más adecuadas son las de naturaleza formativa, que no solo dependen del Estado, y que han de compatibilizarse con la libertad de educación de los padres y con la propia institución familiar, que no deben quedar neutralizadas en aras de una rigurosa igualdad formativa⁵².

la ley (inspectores de trabajo, jueces y tribunales, etc.), así como la de las organizaciones de trabajadores y empresarios, autoridades en materia de migración, entidades de colocación en el empleo y similares.

⁴⁸ OIT, *Dar un rostro humano a la globalización...*, *op. cit.*, p. 358.

⁴⁹ Que la Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., define como “fobia a las personas pobres o desfavorecidas”.

⁵⁰ M.J. AGUILAR IDÁÑEZ, D. BURASCHI, *Discriminación por origen social*, en A. BAYLOS GRAU, C.F. THOMÉ, R.G. SCHWARZ (coords.), *Diccionario internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 745 y ss.

⁵¹ OIT, *Igualdad en el empleo y la ocupación...*, *op. cit.*, p. 17.

⁵² La polémica igualdad formativa *versus* libertad de educación, en B. BARRAGUÉ, *(Des)igualdad de oportunidades y movilidad social*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2016, n. 20, p. 170.

4.2. Causas no recogidas en el Convenio 111

El *Informe sobre la Igualdad en el Trabajo: Afrontar los retos que se plantean* (2007), bajo el epígrafe “Formas de discriminación recién reconocidas”, constata la existencia de discriminaciones que el Convenio 111 no recoge, como son las que obedecen a edad (tanto los más jóvenes como los más mayores), orientación sexual⁵³ y discapacidad e infección por el VIH/SIDA⁵⁴, que numerosos Miembros combaten en sus políticas y legislaciones internas.

Dicho Informe muestra su inquietud también por “manifestaciones incipientes de discriminación” derivadas de la posibilidad de obtener información sobre el estatus genético de la persona, y hasta del estilo de vida⁵⁵.

4.3. Concurrencia de causas

Mayor complejidad presentan los supuestos de doble y múltiple discriminación, en los que concurren varios motivos de discriminación. Supuestos muy frecuentes son los de conjunción de discriminación por motivos de raza, color, etnia u origen nacional con la discriminación por razón de sexo, que fundamentalmente afecta a mujeres migrantes, y con la discriminación por razón de religión y con la de origen social. Para estos supuestos, de discriminación múltiple, se hace preciso introducir medidas a favor de la diversidad, tanto por parte de los estados como de las empresas, que en ocasiones -tanto por razones de competitividad como de imagen en el mercado- acuden a estrategias de diversificación de plantillas⁵⁶.

⁵³ En 2012, la OIT puso en marcha el proyecto “Identidad de Género y Orientación Sexual: promoción de los derechos, la diversidad y la igualdad en el mundo del trabajo” (por sus siglas en inglés, PRIDE). En el marco de este proyecto, se realizan estudios sobre la discriminación contra los trabajadores y las trabajadoras lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (LGBT) en el trabajo alrededor del mundo, y exponen buenas prácticas para evitar su discriminación.

⁵⁴ Hay que tener presente la Recomendación OIT núm. 200, sobre el VIH y el sida y el mundo del trabajo, de 17 de junio de 2010.

⁵⁵ El hecho de que un individuo lleve una vida saludable, no fume, no tenga sobrepeso y similares se convierte cada vez más en factor determinante para obtener o mantener un empleo.

⁵⁶ E. LÓPEZ DE AHUMADA, *Igualdad y no discriminación de los trabajadores migrantes*, en M.E. MONSALVE CUELLAR (coord.), *Migraciones y su transversalidad: análisis multidisciplinar*, Cuenca, Aldebarán, 2018, pp. 425 y ss.

Esa complejidad es aún mayor en los casos de “discriminación interseccional”, expresión que se refiere –si bien no hay unanimidad doctrinal en cuanto a su significado⁵⁷- a un supuesto especial de discriminación múltiple especialmente dañino: la discriminación generada al interactuar varios motivos de discriminación operando de tal manera que sus consecuencias rebasan los derivados de la mera suma o yuxtaposición de dos o más causas de discriminación⁵⁸.

Para avanzar en esta materia se hace preciso, además de una necesaria clarificación terminológica doctrinal y normativa, el desarrollo de políticas proactivas diseñadas para corregir las desigualdades estructurales e institucionales en el trabajo⁵⁹.

5. Formulación y aplicación de las políticas nacionales

La principal obligación de los Estados en relación con el Convenio 111 es la de “formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto” (art. 2). En principio, el Convenio deja un amplio margen de libertad a cada país en relación a dichos métodos, de tal manera que sean los más apropiados en función de su naturaleza y su oportunidad⁶⁰.

Sin embargo, esa flexibilidad concedida a cada país no puede traducirse en inactividad. Por ello, el artículo 3 del Convenio establece algunas obligaciones o contenido mínimo de las políticas de los Estados encaminadas a eliminar la discriminación en el empleo y la ocupación, sin perjuicio de poder hacerlo por métodos “adaptados a las circunstancias y las prácticas nacionales”. En concreto: *a)* Tratar de obtener la cooperación de las organizaciones de empleadores y trabajadores y de otros organismos apropiados en la tarea de fomentar la aceptación y cumplimiento de esa política; *b)* Promulgar leyes y promover programas educativos que por su índole puedan garantizar la aceptación y

⁵⁷ T. MAKKONEN, *Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, Abo Akademi University, 2002, pp. 9-12.

⁵⁸ Véase, A.M. CAVALCANTE, *Discriminación interseccional: concepto y consecuencias en la incidencia de violencia sexual contra mujeres con discapacidad*, en *Journal of Feminist, Gender and Woman Studies*, 2018, n. 7, p. 18.

⁵⁹ En este sentido, C. SHEPPARD, *Multiple Discrimination in the World of the Work*, ILO, Geneva, 2011, p. 37.

⁶⁰ OIT, *Dar un rostro humano a la globalización...*, *op. cit.*, p. 328.

cumplimiento de esa política; *c)* Derogar las disposiciones legislativas y modificar las prácticas administrativas que sean incompatibles con dicha política; *d)* Llevar a cabo dicha política en lo que concierne a los empleos sometidos al control directo de una autoridad nacional; *e)* Asegurar la aplicación de esa política en las actividades de orientación profesional, de formación profesional y de colocación que dependan de una autoridad nacional; *f)* Indicar en su memoria anual sobre la aplicación del Convenio las medidas adoptadas para llevar a cabo esa política y los resultados obtenidos.

La mayor parte del contenido de la Recomendación 111 versa precisamente sobre la formulación y aplicación de las políticas nacionales de no discriminación en el empleo y la ocupación. Hay que destacar atención prestada a la negociación colectiva, en un doble sentido. Por un lado, el párrafo 2 de la Recomendación afirma que la política nacional de no discriminación en el empleo y la ocupación debería ser aplicada no solo mediante medidas legislativas, sino también a través de “contratos colectivos entre las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores”, junto a otros métodos compatibles con las condiciones y políticas nacionales; por otro, el apartado *e)* del mismo párrafo previene contra la posibilidad de que los convenios colectivos operen en sentido contrario: “En las negociaciones colectivas y en las relaciones de trabajo, las partes deberían respetar el principio de igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, y cerciorarse de que los contratos colectivos no contengan cláusulas de carácter discriminatorio en relación con el acceso a los medios de formación, ascenso o conservación del empleo o condiciones de trabajo”.

6. Igualdad, en el horizonte

Transcurrido el tiempo (1999), la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación se integró en el concepto de trabajo decente. En la actualidad, “la igualdad de género y la no discriminación” se consideran cuestiones transversales en el marco de los 4 objetivos estratégicos⁶¹ reconocidos en la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, de 2008⁶².

⁶¹ Esto es: promover el empleo en un marco institucional y económico sostenible, adoptar y ampliar medidas de protección social sostenibles a adaptadas a las circunstancias nacionales, promover el diálogo social y el tripartidismo, y respetar, promover y ampliar los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

⁶² Adoptada en la Conferencia Internacional del Trabajo, 99ª reunión, Ginebra, 2008.

Se presenta asimismo estrechamente relacionada a la reducción de las desigualdades, décimo de los 17 *Objetivos de Desarrollo Sostenible* (ONU, 2015)⁶³, de entre cuyas metas hay que destacar aquí la 10.2, “potenciar y promover la inclusión social, económica y política de todas las personas, independientemente de su edad, sexo, discapacidad, raza, etnia, origen, religión o situación económica u otra condición”, y la 10.3. “garantizar la igualdad de oportunidades y reducir la desigualdad de resultados, incluso eliminando la leyes, políticas y prácticas discriminatorias y promoviendo legislaciones, políticas y medidas adecuadas a ese respecto”.

A pesar de todas las políticas encaminadas a erradicar la discriminación en el empleo y en la ocupación, esta sigue existiendo. En ello incide la *Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo*: “La OIT conmemora su centenario en un momento (...) de desigualdades persistentes, que tienen profundas repercusiones en la naturaleza y el futuro del trabajo y en el lugar y la dignidad de las personas que se encuentran en dicho contexto”⁶⁴.

Si bien es cierto que las acciones afirmativas, encaminadas a facilitar el acceso a los niveles profesionales más altos de colectivos sociales históricamente infravalorados -el caso más claro es la política dirigida a romper el techo de cristal y favorecer el liderazgo femenino en las empresas- ha sido vista en ocasiones como una desviación de las reivindicaciones conjuntas de los trabajadores, el concepto de discriminación se ha ido ampliado, para incluir las desigualdades estructurales en el seno de la sociedad. A medida que esto ocurre la política contra la discriminación confluye con la lucha por el trabajo decente y contra la pobreza⁶⁵.

7. Bibliografía

AGUILAR IDÁÑEZ M.J., BURASCHI D., *Discriminación por origen social*, en A. BAYLOS GRAU, C.F. THOMÉ, R.G. SCHWARZ (coords.), *Diccionario internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 745-749

⁶³ Se presenta también relacionado con el Objetivo 5 (igualdad de género) y con el 4 (educación de calidad). Hay que destacar también el inciso final del Objetivo 8, que persigue “promover el crecimiento económico sostenido, *inclusivo* y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente *para todos*” (el subrayado es nuestro).

⁶⁴ Apartado I. A de la *Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo*, adoptada por la 108ª Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 21 de junio de 2019.

⁶⁵ C. SHEPPARD, *Normas antidiscriminatorias internacionales y desigualdad laboral: la igualdad, un concepto en expansión*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 2012, vol. 131, n. 1-2, p. 19.

- ALONSO OLEA M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, 6ª ed., Madrid, Civitas, 2002
- AA.VV., *La cuadragésima segunda reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 1958, vol. 58, n. 3, pp. 255-296
- BARRAGUÉ B., *(Des)igualdad de oportunidades y movilidad social*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2016, n. 20, pp. 159-172
- CAVALCANTE A.M., *Discriminación interseccional: concepto y consecuencias en la incidencia de violencia sexual contra mujeres con discapacidad*, en *Journal of Feminist, Gender and Woman Studies*, 2018, n. 7, pp. 15-25
- FUGAZZA M., *La discriminación racial. Teorías, hechos y planes políticos*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 2003, vol. 122, n. 4, pp. 557-596
- GRISOLIA J.A., HIERREZUELO R.D., *La discriminación en el derecho del trabajo: el caso argentino*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones laborales y Derecho del Empleo*, 2013, vol. 1, n. 1, pp. 1-15
- HARRISS-WHITE B., *La desigualdad en el trabajo en la economía informal. Cuestiones esenciales ejemplos*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 2003, vol. 122, n. 4, pp. 507-518
- LÓPEZ DE AHUMADA E., *Igualdad y no discriminación de los trabajadores migrantes*, en M.E. MONSALVE CUELLAR (coord.), *Migraciones y su transversalidad: análisis multidisciplinar*, Cuenca, Aldebarán, 2018, pp. 407-439
- MAKKONEN T., *Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, Abo Akademi University, 2002
- MARINELLI F., *Il divieto di discriminazione del lavoratori subordinato: ILO versus Unione europea*, en *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2018, vol. 28, n. 1, pp. 197-221
- MIÑARRO YANINI M., *Migrantes y desplazados*, en C. GALA DURÁN, F.J. CALVO GALLEGO (dirs.) y J.M. MORALES ORTEGA (coord.), *Pobreza en la ocupación e instrumentos de reacción*, Murcia, Laborum, 2018, pp. 377-397
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo*, adoptada por la 108ª Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 21 de junio de 2019
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, 2019, Informe III (A), Ginebra, 2019
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Dar un rostro humano a la globalización: Estudio general sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, 2008, Conferencia Internacional del Trabajo, 101ª reunión, Informe III (parte 1B), OIT, Ginebra, 2012

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Informe sobre la igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, 96ª Conferencia Internacional del Trabajo, Informe I(B), Ginebra, 2007

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe General, III (1A), Ginebra, 2003

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Igualdad en el empleo y la ocupación: Estudio especial sobre la igualdad en el empleo y la ocupación prevista en el Convenio núm. 111*, Conferencia Internacional del Trabajo, 83ª reunión, Informe III (Parte 4B), OIT, Ginebra, 1996

ROSSILLION C., *La OIT y la eliminación de la discriminación en el empleo*, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 1987, n. 76, pp. 5-27

SHEPPARD C., *Normas antidiscriminatorias internacionales y desigualdad laboral: la igualdad, un concepto en expansión*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 2012, vol. 131, n. 1-2, pp. 1-22

SHEPPARD C., *Multiple Discrimination in the World of the Work*, ILO, Geneva, 2011

TEKLÈ T., *Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111)*, en E. ALES, M. BELL, O. DEINERT, S. ROBIN-OLIVIER (eds.), *International and European Labour Law: A Commentary*, Oxford, Hart Publishing, 2018, pp. 612-630

THOMAS C., HORII Y., *Equality of opportunity and treatment in employment and occupation*, en INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Fundamental Rights at Work and International Labour Standards*, Geneva, 2003, pp. 57-87

TOMEI M., *Análisis de los conceptos de discriminación e igualdad en el trabajo*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 2003, vol. 122, n. 4, pp. 441-459

ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo