

Normas antidiscriminatorias internacionales y desigualdad laboral: la igualdad, un concepto en expansión

Colleen SHEPPARD*

Resumen. *Se analiza aquí la evolución del concepto de discriminación en el derecho laboral internacional en relación con el fenómeno socioeconómico de la desigualdad en el trabajo. La no discriminación, principio jurídico inicialmente restringido que exigía la igualdad de trato para toda persona en situación similar, ha ido ampliándose para incluir primero la discriminación indirecta resultante de normas y prácticas aparentemente neutras, y después la desigualdad laboral impuesta a ciertos grupos por factores estructurales (mercado de trabajo, familia y colectividad). Por último, la legislación antidiscriminatoria converge ahora con iniciativas jurídicas contra la desigualdad socioeconómica y la pobreza de determinados sectores de población.*

En el presente artículo nos proponemos examinar las complejas relaciones existentes entre el concepto jurídico de discriminación y el fenómeno socioeconómico de la desigualdad en el trabajo, y para ello hemos considerado útil recurrir a la idea de una representación visual, una imagen cartográfica bidimensional, con capas que se superponen y círculos concéntricos, que nos ayude a comprender cómo la ampliación de la noción jurídica de discriminación dentro del derecho internacional del trabajo ha ido abriendo posibilidades para afrontar las múltiples desigualdades sociales y económicas existentes. Inicialmente, el principio jurídico de no discriminación se limitaba a imponer la igualdad de trato a toda persona que se encontrase en situación similar; posteriormente, este principio se amplió para incluir la discriminación indirecta o los efectos discriminatorios resultantes de reglas, normas y prácticas laborales aparentemente neutras. Más recientemente ha vuelto a ampliarse para

* Directora del Centro McGill de Derechos Humanos y Pluralismo Jurídico; catedrática de la Facultad de Derecho de la Universidad McGill. La autora agradece a Monika Rahman y Anna Shea sus meditados comentarios y su asistencia en la investigación, así como el apoyo financiero recibido del Consejo de Investigaciones en Ciencias Sociales y Humanidades del Canadá.

La responsabilidad de las opiniones expresadas en los artículos solo incumbe a sus autores, y su publicación en la *Revista Internacional del Trabajo* no significa que la OIT las suscriba.

tener en cuenta la desigualdad sistémica en el mundo del trabajo, que afecta a grupos de población en tanto que tales y se deriva de factores inherentes a las estructuras del mercado de trabajo, la familia y la colectividad. Además, cada vez resulta más evidente que la discriminación estructural no solo tiene una dimensión local o nacional, sino también regional y mundial.

Por otra parte, a medida que la protección contra la discriminación en el lugar de trabajo se amplía para afrontar las causas sistémicas y estructurales de la exclusión y la desventaja social, se ha ido produciendo también una convergencia entre la legislación al efecto y otras iniciativas jurídicas y políticas encaminadas a reducir las desigualdades de clase y la pobreza. Durante mucho tiempo, la legislación contra la discriminación se limitó a corregir la desigualdad horizontal, es decir, la exclusión y las desventajas de determinados grupos de población por motivos de raza, origen nacional o étnico, sexo y religión. Las iniciativas de lucha contra la desigualdad social y la pobreza se centraban en cambio en las desigualdades verticales, es decir, entre trabajadores y empleadores, y en la exclusión que padecen las personas marginadas social y económicamente que se encuentran fuera del mercado de trabajo formal¹. La convergencia se ha producido más recientemente, a medida que se ha ido reconociendo que la desventaja socioeconómica y la pobreza son también causa y efecto de la discriminación, y las sufren desproporcionadamente los grupos protegidos por las salvaguardias tradicionales contra esta, como las mujeres, las comunidades racializadas y las personas con discapacidad². También se ha ido tomando conciencia de que las personas no deben ser objeto de discriminación por el hecho mismo de ser pobres o de pertenecer a grupos marginados económica o socialmente³. Esta convergencia se ha intensificado asimismo con las voces que defienden que los derechos económicos y sociales deberían ser justiciables, y su disfrute, universal (véase, por ejemplo, Arbour, 2005; Dennis y Stewart, 2004; Jackman, 1999). Las soluciones jurídicas dictadas en algunas causas de querrela por discriminación imponen precisamente a los agentes estatales los tipos de obligaciones positivas previstas por los dis-

¹ Puede encontrarse un análisis de la distinción entre desigualdad vertical y horizontal en Hepple (2001, págs. 11 y 12). Véase también Walby (2000).

² «Así como la discriminación puede originar pobreza, la pobreza también causa discriminación. Además de los prejuicios por motivos de raza, color, sexo u origen social, los pobres son objeto de actitudes discriminatorias por parte de las autoridades gubernamentales y de particulares simplemente porque son pobres. Los dos principios gemelos de igualdad y no discriminación presuponon que los Estados adopten medidas especiales para prohibir la discriminación contra los pobres y los protejan con igualdad y eficacia contra la discriminación.», tomado de *Principios y directrices para la integración de los derechos humanos en las estrategias de reducción de la pobreza*, adoptados por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; véase ACNUDH, 2006, pág. 22, párrafo 46.

³ Véase, por ejemplo, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (42.º período de sesiones, Ginebra, 4 a 22 de mayo de 2009): *Observación general N.º 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, Ginebra, Naciones Unidas, párrafo 35. Véase también Kabeer (2000).

positivos destinados a garantizar los derechos económicos y sociales⁴. Además, en el pasado, el derecho del trabajo se centraba en la negociación colectiva y en las normas aplicables en el mercado de trabajo estructurado, por lo que ignoraba con excesiva frecuencia las preocupaciones de los trabajadores marginados, que además suelen ser miembros de los grupos sociales protegidos tradicionalmente por las leyes antidiscriminatorias (Blackett y Sheppard, 2003; Fudge y Owens, 2006; Vosko, 2010⁵). En la actualidad, el ámbito de aplicación del derecho internacional del trabajo está ampliándose para responder a las preocupaciones y necesidades de los miembros más vulnerables de la sociedad⁶. Por todo lo anterior, uno de los objetivos de este artículo es dar cuenta del área de convergencia que está surgiendo debido a la ampliación del significado jurídico de discriminación, a la apertura de las concepciones del derecho internacional del trabajo y, en términos más generales, a la preocupación creciente que suscita la desigualdad socioeconómica en el mundo.

En 1998 la OIT adoptó la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo⁷, en la cual consagraba la igualdad como uno de esos principios (cuatro en total); desde entonces ha crecido el interés por comprender el significado jurídico de la discriminación en el trabajo. Si bien las opiniones divergen en cuanto a la importancia estratégica de reconocer cuatro derechos laborales fundamentales, se conviene generalmente en que la Declaración se concibió para reorientar la labor de la Organización proclamando la especial importancia de los derechos fundamentales para la consecución de otros derechos (Maupain, 2005, págs. 460 y 461)⁸. En tanto que principio fundamental de la OIT, la eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación ha sido además el tema de tres Informes globales con arreglo al seguimiento

⁴ Véanse, por ejemplo, los casos: *Eldridge v. Attorney General (British Columbia)* [1997] 3 S.C.R. 624, en que el Tribunal Supremo del Canadá determinó que los hospitales deben proporcionar a los sordos interpretación en el lenguaje de signos para garantizar la prestación igualitaria de los servicios médicos; *Treatment Action Campaign (TAC) v. Minister of Health*, 2001 SACLR LEXIS 123, en que el Alto tribunal de Sudáfrica falló que el Gobierno sudafricano tenía la obligación de instituir un programa nacional de prevención del VIH/SIDA para luchar contra la transmisión del virus de las madres a los hijos; y *Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation* [1985] 2 Supp SCR 51 (India), (1987) LRC (Const) 351 (Tribunal Supremo de la India), en que el Tribunal Supremo de la India sentenció que las personas que habitan en la calle y en barriadas de tugurios tenían derecho a un alojamiento alternativo si las autoridades públicas demolían su refugio o las expulsaban. Véase también Fredman (2008 y 2005).

⁵ Puede encontrarse una reseña de la obra *Managing the margins* (2010) de Vosko, realizada por Adelle Blackett, en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 130 (2011), núm. 3-4, págs. 499-504.

⁶ Se ofrece un análisis general de la evolución de las concepciones del derecho del trabajo y los problemas que se plantean para dicha disciplina en Davidov y Langille (2011). Este libro se reseña en las págs. 141-146 del presente número de la *Revista Internacional del Trabajo*.

⁷ El texto íntegro de la Declaración se publicó en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 117 (1998), núm. 2, anexo IV, págs. 273-277, y puede encontrarse asimismo en <<http://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang-es/index.htm>> [consultado el 5 de abril de 2012].

⁸ Pueden encontrarse críticas a la Declaración de 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo en Alston (2004 y 2005) y Alston y Heenan (2004). Ha dado la réplica a esas críticas Langille (2005a). Véase además Blackett (2007, págs. 225-230).

de la Declaración (OIT, 2003, 2007 y 2011)⁹. Por lo que se refiere a este principio, la Declaración retoma los términos del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111). Otros convenios de la OIT son también importantes para el reconocimiento de la eliminación de la discriminación en tanto que principio fundamental, especialmente el Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100)¹⁰. Mejorar las normas básicas aplicables a quienes trabajan en algunos de los sectores más marginados y desfavorecidos de la economía es también esencial para aumentar los niveles de igualdad y disminuir la discriminación en el trabajo. Con ese fin, se están desplegando esfuerzos constantes para aumentar el número de ratificaciones de los convenios en vigor al respecto (como el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143)), y adoptar otros nuevos, como el reciente Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 189)¹¹. Además, en 1999 la OIT inició su Programa de Trabajo Decente¹², en el que se establecen cuatro ámbitos de intervención de máxima prioridad para la Organización: el empleo, la protección social, los derechos de los trabajadores y el diálogo social (véase Ghai, 2003)¹³. Se ha reconocido a este Programa el mérito de otorgar mayor atención a quienes se encuentran al margen de los sistemas formales de protección laboral y social (Vosko, 2004, pág. 18). El concepto de trabajo decente está concebido para superar las fronteras que confinan las relaciones laborales a los contextos estructurados y contribuir en sentido más amplio a la reducción de la pobreza y a un «desarrollo equitativo, inclusivo y sostenible»¹⁴. El análisis de los nexos conceptuales entre estos elementos diferentes puede mejorar nuestra comprensión de la compleja dinámica que subyace a la lucha contra la desigualdad en el trabajo.

El enfoque tradicional: la igualdad de trato

Una primera mirada a nuestra representación visual de la desigualdad en el mundo permite ya percatarse del carácter llamativamente restringido del concepto jurídico tradicional de eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación, es decir, del primer círculo concéntrico. La concepción jurídica

⁹ También hay una bibliografía en aumento sobre el concepto de discriminación en el derecho internacional del trabajo. Véase, por ejemplo, Hepple (2001) y «Número monográfico: Igualdad en el trabajo», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 122 (2003), núm. 4.

¹⁰ Los Convenios núms. 100 y 111 entraron en vigor el 23 de mayo de 1953 y el 15 de junio de 1960, respectivamente. Sus textos íntegros pueden encontrarse en <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12000:4156021053917784:::P12000_INSTRUMENT_SORT:4> [consultado el 5 de abril de 2012].

¹¹ Véanse también OIT (2010) y Blackett (2011a).

¹² Acerca del Programa de Trabajo Decente de la OIT, véase <<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/decent-work-agenda/lang-es/index.htm>> [consultado el 5 de abril de 2012]; véase también OIT (1999) y Vosko (2002).

¹³ El concepto de «diálogo social» se refiere a los procesos de consulta, negociación y gobernanza democrática con participación de los trabajadores, los empleadores y los gobiernos.

¹⁴ Programa de Trabajo Decente de la OIT (URL del sitio web indicada en la nota 12).

más temprana de la discriminación posibilitaba recursos solo para una pequeña parte de la población activa, concretamente quienes trabajaban en sectores económicamente privilegiados en el marco de unas relaciones de empleo formales. Las protecciones jurídicas contra la discriminación fueron apareciendo para garantizar la igualdad de trato en el acceso al empleo y la ocupación dentro del mercado de trabajo estructurado a las personas de grupos tradicionalmente marginados u objeto de prejuicios y estereotipos negativos. Las leyes y políticas contra la discriminación prohibieron, pues, el trato diferenciado por motivos de raza, sexo, origen nacional o étnico y religión, siempre y cuando las personas se plegaran al patrón social dominante. Más recientemente, en muchas jurisdicciones, esas leyes y prácticas se han extendido y cubren ahora la discriminación por discapacidad, orientación sexual y edad¹⁵.

El modelo teórico de la igualdad de trato que conformó la lucha contra la discriminación en el trabajo adolece de dos importantes limitaciones. La primera es que tiende a prestar asistencia únicamente a una pequeña parte de la población históricamente desfavorecida, a saber, las personas susceptibles de adaptarse al patrón social dominante y de integrarse en el *statu quo* institucional. Durante muchos años, las investigadoras feministas han sostenido que, con ese enfoque de la igualdad de género, lo único que se consigue es proporcionar acceso a puestos de trabajo y ocupaciones de predominio masculino a las mujeres que pueden actuar y, en definitiva, ser como hombres, lo cual plantea el interrogante de qué significa la igualdad para distintos grupos de mujeres cuyas vidas son reflejo de estereotipos sexuales (véase, por ejemplo, MacKinnon, 1987, págs. 32-45). Dicho de otro modo, las mujeres más privilegiadas pueden acceder más fácilmente a puestos de abogadas, doctoras, juezas, directivas de empresa o comerciales cualificadas, pero existe el riesgo de que la legislación antidiscriminatoria no responda a las necesidades de las mujeres que trabajan en sectores del mercado predominantemente femeninos. Diversos teóricos de las relaciones interraciales han formulado críticas análogas de los fundamentos «asimilacionistas» del modelo de la igualdad de trato, y señalan en particular que a las personas que experimentan formas de discriminación múltiple e interseccional les resulta más difícil cumplir las exigencias de dicho modelo, fundado sobre la «similitud»¹⁶. La segunda limitación del enfoque tradicional de la lucha contra la discriminación en el empleo y la ocupación es que atiende únicamente al mercado de trabajo estructurado, por lo que no aporta respuesta alguna a la discriminación que se produce en la economía informal, donde se

¹⁵ Véanse, por ejemplo, las leyes siguientes: Americans with Disabilities Act, 42 U.S.C. (1990); Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6, s. 3; y también la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (*Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 2000, L 303, págs. 16-22). Véase también la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, adoptada en diciembre de 2006.

¹⁶ «La atención exclusiva prestada a los miembros de los grupos más privilegiados margina a quienes soportan discriminación múltiple y soslaya las denuncias de situaciones que no pueden entenderse como derivadas de motivos discretos de discriminación» (Crenshaw, 1989, pág. 140). Puede encontrarse un análisis reciente de la discriminación interseccional o múltiple en Sheppard (2011).

encuentran algunos de los trabajadores más vulnerables y marginados (véase Harriss-White, 2003; Sankaran, 2011). Al imaginar el mapa mundial de la desigualdad en el trabajo, sistémica, persistente y cada vez más honda, se ve claramente que las leyes antidiscriminatorias tradicionales solo se ocupan de una pequeña parte del problema.

¿Hasta qué punto la legislación internacional del trabajo relativa a la eliminación de la discriminación ha seguido el modelo de la igualdad de trato en el empleo estructurado? Se ha afirmado que las primeras «incursiones» de la OIT en el terreno de la igualdad se basaron en una visión formal de esta y en un enfoque legislativo tradicional, centrado en los contextos laborales estructurados (véase Vosko, 2004, págs. 15-19). El Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), nació como respuesta a las pautas injustas de tratamiento diferenciado y exclusión de que eran objeto ciertos grupos. Establece una protección explícita contra la discriminación por motivos de «raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social» (artículo 1, 1), a)¹⁷. En términos generales, la lucha contra la discriminación en el empleo y la ocupación se concebía entonces como la tarea de garantizar el mismo trato a todas las personas, en función de sus capacidades y méritos, poniendo fin de este modo a las exclusiones o a las diferencias basadas en estereotipos y prejuicios negativos contra ciertos grupos de población. Ahora bien, el Convenio núm. 111 comenzaba ya a alejarse del modelo teórico de la igualdad de trato en ciertos aspectos. En primer lugar, permitía justificar un trato diferenciado si estaba motivado por las «calificaciones exigidas para un empleo determinado» (lo que actualmente denominaríamos requisitos profesionales justificados)¹⁸. En segundo lugar, promovió el recurso a «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»¹⁹. Sin embargo, la expresión «medidas especiales», si bien posibilitaba de forma explícita algunas iniciativas de trato preferencial, consolidó con el tiempo el enfoque fundado en la «similitud». Estas medidas especiales no se consideraban mecanismos indispensables para la consecución de la igualdad, sino dispensas justificables del trato igualitario. Una prueba de ello fue la inclusión de la discapacidad entre las justificaciones para adoptar medidas especiales, cuando no figuraba explícitamente entre los motivos de discriminación prohibidos. Así pues, la previsión de medidas especiales reforzó en realidad la legitimidad indiscutida e indiscutible del patrón social dominante: al concebirse como excepciones a la norma de igualdad de trato, estas medidas estaban reforzando los estereotipos

¹⁷ Obsérvese que entre los motivos citados no figuran ni la discapacidad ni la orientación sexual.

¹⁸ Artículo 1, 2), del Convenio núm. 111.

¹⁹ Artículo 5, 2), del Convenio núm. 111. Para un análisis de la tensión entre intención protectora e igualdad en las normas del trabajo, véase Politakis (2001), quien explica que las restricciones del trabajo nocturno en función del sexo siguen aportando protecciones esenciales en algunos contextos, aunque es creencia general que no están en conformidad con las disposiciones sobre la igualdad entre las mujeres y los hombres.

acerca de la desigualdad «natural» de las personas pertenecientes a grupos que precisaban un trato diferenciado, así como los prejuicios contra ellas²⁰.

Otra línea de acción importante de la primera labor de la OIT en este ámbito fue la de la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres. El Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100), prevé al respecto una protección definida en términos muy detallados, a partir del reconocimiento del derecho a igual remuneración por un trabajo de igual valor. Con todo, y a pesar del grado de precisión de sus disposiciones, en los años que siguieron inmediatamente a su adopción, el Convenio núm. 100 se entendía bajo el prisma del modelo de igualdad de trato, formal y procedimental, por el que se habían guiado las otras normas antidiscriminatorias, como el Convenio núm. 111; en otras palabras, se interpretó primordialmente en el sentido de garantizar la misma remuneración por el mismo trabajo (Flanagan, 1987, págs. 11 y 12), y hasta el decenio de 1970 no surgió una interpretación más amplia que permitiera afrontar la desigualdad de remuneración existente debido a la segregación de los trabajadores. Esta nueva preocupación inició la reflexión moderna, en la que se tiene en cuenta toda la complejidad que representa hacer realidad la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor o de valor equivalente²¹.

La discriminación indirecta: cuestionamiento del patrón social dominante

La primera ampliación significativa del ámbito de aplicación de la legislación antidiscriminatoria tuvo lugar para superar las limitaciones del modelo de la igualdad de trato. Volviendo a nuestra representación cartográfica, podemos visualizar esta ampliación como un segundo círculo concéntrico mayor que el anterior que cubre ahora un área más extensa del fenómeno socioeconómico de la desigualdad. A partir del decenio de 1970 surgió en diversas jurisdicciones nacionales el concepto de discriminación indirecta (véase Blumrosen, 1972, págs. 66-75; Sheppard, 2010, págs. 19-23). Hasta entonces, las medidas habían consistido en poner remedio a los casos detectados de acceso desigual a un *statu quo* que en ningún momento se cuestionaba, mientras que ahora empezaba a ponerse en tela de juicio la neutralidad y la equidad aparentes de las prácticas, normas y reglas en vigor en el mundo del trabajo. Se iba tomando conciencia de que esas normas, así como las políticas de empleo, podían tener distintas repercusiones en distintos grupos de población, dando así lugar a una discriminación no intencional.

²⁰ A propósito del Convenio núm. 111, Vosko mantiene que «permitió coexistir políticas que promueven la igualdad formal con medidas de protección que a menudo refuerzan la subordinación de las mujeres en lugar de garantizar la igualdad sustantiva» (2004, pág. 16). En términos similares, Hepple dice que el Convenio núm. 111 «encarna una noción de justicia formal que no garantiza ningún resultado en concreto» (2001, pág. 6), aunque afirma asimismo que también contiene elementos de una visión sustantiva de la igualdad (de ello hablaremos más adelante).

²¹ Para un estudio de la evolución de las respuestas a la segregación profesional por sexos y las diferencias de remuneración en los años 1980, véase Hakim (2004, capítulo 6).

Este cambio de orientación teórica ensanchó en dos direcciones el ámbito de aplicación de la legislación antidiscriminatoria: en primer lugar, hizo posible que las personas reivindicaran su derecho a la integración aun cuando no se ajustaran al patrón social dominante. Dicho de otro modo, dejó de ser requisito para la inclusión el asimilarse a dicho patrón. Si políticas y prácticas aparentemente neutras tenían consecuencias negativas en grupos excluidos históricamente, había que revisarlas, o bien adaptarlas teniendo en cuenta las especificidades de estos grupos, para mitigar de esta forma sus efectos diferenciados. En segundo lugar, se fue haciendo cada vez más evidente la necesidad de otorgar un trato más justo a las personas activas en los mercados de trabajo secundarios si se deseaba alcanzar la igualdad en el ámbito del trabajo.

En cuanto a los remedios, se preveían dos formas de corregir la discriminación indirecta. En primer lugar, podía revisarse o erradicarse la norma, la práctica o la política de que se tratase con objeto de eliminar sus efectos discriminatorios. Ello implicaba el cuestionamiento de las normas institucionales mediante las leyes antidiscriminatorias y su sustitución por otras más integradoras. La segunda alternativa se aplicaba en los casos en que la norma, la política o la práctica fuesen necesarias para el desempeño efectivo del puesto de trabajo y consistía en dilucidar cómo dar cabida a las necesidades de los grupos perjudicados mediante un trato diferenciado. Corolario del principio de discriminación indirecta fue, pues, la aparición del deber de adecuación, un deber que puede llevarse hasta el extremo (véase, por ejemplo, Day y Brodsky, 1996; Sheppard, 2001). En muchos casos, este deber se ha convertido en un instrumento fundamental para conseguir la intergración en el lugar de trabajo de los miembros de minorías religiosas, las personas con discapacidad y las mujeres. Entendido como parte integrante de la igualdad sustantiva, el deber de adecuación no se teoriza como excepción al principio de no discriminación o como trato especial.

Si deseamos analizar la evolución de la legislación antidiscriminatoria internacional, habría que decir que, aunque el Convenio núm. 111 pareció centrarse en esos primeros años en garantizar la igualdad de trato en entornos profesionales y de empleo formales y conceptualizó el trato diferenciado como excepcional y especial, también contenía en germen una visión más amplia, como hemos visto. En principio, define la discriminación con los términos típicos del modelo de la igualdad de trato, es decir, como «cualquier distinción, exclusión o preferencia», pero enseguida especifica «que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades», lo que quiere decir que la existencia de discriminación se determina a partir de los efectos de dicha distinción, exclusión o preferencia²². Más recientemente se ha considerado que este tipo de formulación abierta propició una definición ampliada del concepto en el derecho internacional del trabajo, que abarca tanto la discriminación directa como la indirecta (véase Hepple, 2001; Nielsen, 1994, págs. 844 y 845).

²² Según el artículo 1, 1), a), «el término discriminación comprende [...] cualquier distinción, exclusión o preferencia [...] que *tenga por efecto anular o alterar* la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación» (cursivas de la autora).

En *La hora de la igualdad en el trabajo*, el primer Informe global de la OIT sobre la eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación, se interpretó que la Declaración de 1998 contenía una visión de la no discriminación que impulsaba la consecución de una igualdad sustantiva, y no meramente formal o procedimental, como la que promovían los conceptos de igualdad de trato o igualdad de oportunidades (véase OIT, 2003; Tomei, 2003). Tomando muy en cuenta el ingente número de mujeres, minorías étnicas, trabajadores migrantes y personas de edad que se encontraban en los mercados de trabajo secundarios, el informe puso de relieve las preocupantes consecuencias de la *discriminación indirecta* en los grupos vulnerables, consecuencias que se debían, entre otras cosas, al grado menor de protección social que se les otorgaba o al trato diferenciado según se tratase de trabajadores a tiempo parcial o a tiempo completo (OIT, 2003, párrafos 57-60). Publicado en 2007, el segundo Informe global de la OIT sobre este tema, *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, también optó por una definición amplia que abarcaba tanto la discriminación directa como la indirecta, resaltando la necesidad de mejores metodologías de acopio de datos y estrategias para detectar los avances, o la falta de ellos, en lo relativo a corregir la desigualdad (OIT, 2007, págs. 10 y 12-13). Más recientemente, el tercer Informe global refrendó de nuevo una visión de la igualdad que abarca tanto la discriminación directa como la indirecta (OIT, 2011).

La discriminación sistémica: acción afirmativa y transformación institucional

El reconocimiento jurídico de la discriminación indirecta sentó las bases para una ulterior ampliación del ámbito de aplicación de las leyes antidiscriminatorias al plano del sistema o las instituciones. Las políticas, prácticas o normas particulares pueden producir efectos negativos y discriminación indirecta, pero a menudo son manifestaciones de pautas más generales de exclusión y de inclusión hondamente arraigadas en los contextos laborales. Desde esta perspectiva, la discriminación no es un fenómeno aberrante o excepcional, sino un problema generalizado y sistémico, o estructural. Aunque suele ir asociada a la discriminación indirecta, la discriminación sistémica también puede ser directa, cuando la exclusión declarada y el trato injusto perpetrado contra algunos grupos se generaliza y se convierte en un elemento integrante de las culturas y las normas institucionales de los lugares de trabajo. El reconocimiento de la discriminación sistémica o estructural supone una nueva ampliación del alcance de la legislación antidiscriminatoria, que permite no solo tratar los problemas discretos y aislados de exclusión, sino también, y sobre todo, los problemas que afectan a las instituciones en su conjunto. El segundo Informe global de la OIT sobre la igualdad definió la «discriminación estructural» como aquella que es «inherente al ordenamiento social, a las estructuras institucionales y a los mecanismos jurídicos, o que se ha institucionalizado en todos esos ámbitos, y que refleja y reproduce prácticas y resultados discriminatorios» (OIT, 2007, pág. 10).

Por consiguiente, al igual que sucede en otros ámbitos del derecho, la legislación antidiscriminatoria debe asumir la compleja tarea de reglamentar la acción tanto de las personas como de las instituciones. Mientras que la visión tradicional de la igualdad formal, fundada en la similitud, consideraba la discriminación como un acto aberrante y antisocial cometido por una persona racista o chovinista que se puede remediar retroactivamente por medio de un sistema de reclamaciones jurídicas, la discriminación sistémica exige nuevas estrategias normativas. Como explicó la jueza del Tribunal Supremo canadiense, Rosalie Abella, en su Informe de la Real Comisión Canadiense sobre la Igualdad en el Empleo, «la discriminación sistemática exige remedios sistémicos» (Abella, 1984, pág. 9). Resulta necesario, por consiguiente, estudiar cómo utilizar las normas jurídicas para cambiar los sistemas y las instituciones, en lugar de limitarse a reglamentar el comportamiento de las personas. La importante obra de Susan Sturm sobre lo que denomina «la discriminación en el empleo de segunda generación» también pone de relieve la necesidad de analizar los aspectos estructurales de la desigualdad en el trabajo y de idear enfoques correctivos innovadores (Sturm, 2001 y 2006; véase además Albiston, 2009). Las iniciativas voluntaristas en materia de equidad en el empleo, las de acción afirmativa y discriminación positiva y las políticas de contratación pública constituyen una vía alternativa a la reglamentación estatal. No responden al modelo puramente reactivo, basado en el control a posteriori del respeto de las normas establecidas, sino que permiten medidas de carácter preventivo y extienden a los agentes no estatales la responsabilidad de detectar y corregir la desigualdad (véase Sheppard, 2010, págs. 29 y 30).

La acción afirmativa, la discriminación positiva o las iniciativas de equidad en el empleo exigen a los empleadores que evalúen las causas y políticas que dan lugar a discriminación en sus lugares de trabajo y conciben estrategias, objetivos y calendarios para eliminarlas, colaborando, en mayor o menor grado, con los sindicatos o los representantes de los trabajadores. Hay diversas definiciones y maneras de entender el significado y el alcance de esos programas. Algunos autores han definido la acción afirmativa de forma estricta como los programas de trato preferencial otorgado a grupos para hacer progresar la equidad en los lugares de trabajo (véase Tomei, 2005, quien cita a Faundez, 1994). Esa definición explica la tendencia de muchos de esos programas a centrarse en promover el acceso de los grupos infrarrepresentados a un *statu quo* institucional que no se cuestiona. En efecto, mediante las iniciativas en materia de contratación y promociones que dan un trato preferencial a personas de grupos infrarrepresentados históricamente, los empleadores tratan de cambiar la composición de los escalones superiores de las jerarquías laborales, sin poner en tela de juicio las jerarquías mismas, y esta importancia atribuida a la movilidad hacia arriba explica la renuencia tradicional de los sindicatos a aceptar la acción afirmativa. El propio concepto de acción afirmativa parecía ser contrario a los objetivos históricos del movimiento obrero, por considerarse más un medio de propiciar las aspiraciones a obtener privilegios de la clase dirigente que de promover la solidaridad de la clase trabajadora.

Sin embargo, se ha ido articulando una concepción más amplia de la acción afirmativa o positiva que incluye todas las iniciativas tendentes a detectar y eliminar la discriminación sistémica, anticipándose a su denuncia. En consonancia con esta visión más amplia, los programas de acción afirmativa o de igualdad en el empleo comprenden actualmente:

- la detección y revisión de normas y prácticas aparentemente neutras que excluyen de forma generalizada a los miembros de grupos desfavorecidos históricamente;
- la concepción y aplicación de iniciativas preventivas no destinadas a ningún grupo en particular, y
- medidas de trato preferencial destinadas a grupos determinados para acelerar la corrección de los efectos de la discriminación tanto histórica como del momento presente.

Esta definición más amplia permite utilizar los programas de acción afirmativa o equidad en el empleo para promover la transformación de las estructuras y las instituciones²³. Las medidas de trato preferencial, que son componentes de la acción afirmativa, aceleran el cambio institucional al evitar el aislamiento y asegurar que una masa crítica de trabajadores excluidos históricamente pueda desempeñar un papel activo en la modificación de las normas y prácticas institucionales. Por otra parte, las iniciativas de equidad en el empleo pueden iniciar un proceso transformador consistente en revisar y reconvertir las políticas y prácticas laborales tradicionales, en vez de favorecer los procesos de asimilación en lugares de trabajo regidos por normas y políticas que favorecen a los grupos dominantes. Por ejemplo, la representación ideal implícita de un trabajador sin responsabilidades familiares dedicado en exclusiva a su trabajo puede abandonarse en favor de otra que admita que los trabajadores tienen importantes obligaciones familiares, y organizar en consecuencia las responsabilidades laborales. Sobre la base de una concepción sistémica (o relacional) de la discriminación, la desigualdad ya no «radica» en las personas o los grupos etiquetados como diferentes del patrón social dominante, sino que está vinculada al modo en que las prácticas y las decisiones sociales crean la exclusión y la desventaja (Minow, 1990). A partir de esta perspectiva, la acción afirmativa parece mucho más consonante con el mandato y el proyecto de los sindicatos. De hecho, en los sectores de la economía con presencia sindical, la negociación colectiva y la representación de los trabajadores son vistas cada vez más como factores propiciadores de un cambio transformador hacia lugares de trabajo más incluyentes²⁴.

Sea cual fuere la definición que se adopte, la eficacia de la acción afirmativa y de las iniciativas de equidad en el empleo depende en gran medida de la existencia de supervisión y de mecanismos públicos eficaces de aplicación, motivo por el cual esas iniciativas suelen adoptarse casi únicamente en grandes

²³ Puede encontrarse un análisis de paradigmas alternativos de la equidad en el empleo en Sheppard (2006).

²⁴ En Blackett y Sheppard (2003) puede leerse un amplio análisis de los vínculos entre la negociación colectiva y la igualdad.

centros de trabajo, públicos o privados, y funcionar con más eficacia y transparencia cuando existe presencia sindical²⁵. Estos factores limitan grandemente el alcance de las iniciativas preventivas de equidad en el empleo, las cuales, obviamente, no tienen efecto sobre las desigualdades que padecen quienes desempeñan los trabajos más marginados y precarios. Las políticas de contratación pública, aunque suelen limitarse asimismo a grandes empresas que mantienen importantes relaciones con los poderes públicos y disfrutan de sus subvenciones, también se aplican a contratistas y empresas de menor envergadura en muchos casos (McCrudden, 1998).

Es importante señalar que el derecho internacional del trabajo no proporciona una definición clara de conceptos como acción afirmativa o equidad en el empleo, términos estos que no se emplean en los convenios internacionales. Como ya dijimos, en ellos se habla en cambio de «medidas especiales» y de «medidas especiales de carácter temporal». El Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), por ejemplo, dispone en su artículo 5, párrafo 2, que «Todo Miembro puede [...] definir como no discriminatorias cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial». No deja de ser significativo que los motivos que justifican las medidas especiales no coincidan con los motivos de discriminación que prohíbe su artículo 1, es decir, «raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social». Aunque los términos del Convenio son flexibles y se prestan a interpretaciones diversas, puede constatarse que las medidas especiales contempladas en su artículo 5 fueron consideradas inicialmente medidas de protección para responder a diferencias biológicas, fisiológicas o culturales. Eran medidas a largo plazo para atender a diferencias permanentes entre grupos, no medidas provisionales para corregir un historial de discriminación. Ello no obstante, ponen de manifiesto un reconocimiento temprano de la necesidad de iniciativas positivas y preventivas para remediar situaciones de exclusión y desventaja histórica.

Pueden encontrarse orientaciones más precisas en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, instrumentos que refrendan expresamente las «medidas especiales» y las «medidas especiales de carácter temporal»²⁶. Las primeras son reflejo de la voluntad de garantizar la igualdad sustantiva previniendo un trato diferenciado en respuesta a necesidades diferentes a largo plazo; las «medidas especiales de

²⁵ Véase un análisis comparado de las iniciativas en materia de equidad en el empleo y de acción afirmativa en Agócs (2002).

²⁶ Véase el artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, y el artículo 1, 4), de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial).

carácter temporal», por su parte, se asimilan a iniciativas de acción afirmativa²⁷. Suponen el reconocimiento de que, para alcanzar la igualdad sustantiva, se necesitan medidas preventivas destinadas a determinados grupos de población. En un informe de 2002 a la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas también se distinguió entre «movilización afirmativa o equidad afirmativa» y «medidas de preferencia afirmativa»²⁸. Aunque esta distinción vuelve a dar fe de la necesidad de una definición amplia de la acción afirmativa, el Relator Especial de la Subcomisión tuvo buen cuidado de limitar las medidas de preferencia afirmativa a aquellas que no infringen los principios de no discriminación e instó a que solo se concediesen preferencias especiales en situaciones de igualdad de méritos o cualificaciones.

Sigue habiendo, pues, una ambigüedad no resuelta en el derecho internacional acerca del alcance que ha de tener la acción afirmativa y los fundamentos que la justifican. Algunos la entienden como una ampliación de la noción de igualdad de oportunidades y de no discriminación (Hodges-Aeberhard, 1999, pág. 275). En un interesante discurso sobre el tema, Ruth Bader Ginsburg, jueza del Tribunal Supremo estadounidense, fundó su defensa de la acción afirmativa en los principios básicos de igualdad consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos (Bader Ginsburg y Jones Merritt, 1999, págs. 282-284). Sin embargo, son muchos los estudiosos que siguen opinando que las medidas de este tipo han de concebirse como excepciones, no como mecanismos de igualdad sustantiva, y que expresan honda preocupación por que los programas de trato preferencial puedan debilitar los derechos de los trabajadores de grupos más privilegiados (Bacchi, 2004, pág. 146). Curiosamente, cuanto más se centran las iniciativas de acción afirmativa, discriminación positiva o equidad en el empleo en la transformación de las normas y prácticas excluyentes, menos han de recurrir a las medidas de trato preferente y, por consiguiente, aunque adoptan un carácter más radical, resultan menos polémicas.

La importancia que cobra en los debates sobre acción afirmativa la transformación institucional va asimismo de la mano con una conciencia cada vez mayor de la conexión que existe entre la gobernanza democrática en el trabajo y una mayor igualdad. Bob Hepple sostiene que la calidad de la reglamentación depende en suma medida de los niveles de participación, que permiten aprovechar en el proceso normativo la experiencia y las opiniones de los directamente

²⁷ Véase Naciones Unidas: *Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*, 30º período de sesiones (12 a 30 de enero de 2004), Anexo I: *Recomendación general Nº 25 relativa al párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, sobre medidas especiales de carácter temporal*, Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, A/59/38, Nueva York, 2004, pág. 88, párrafos 15 y 16.

²⁸ Véase Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos: *Prevención de la discriminación: El concepto y la práctica de la acción afirmativa*, Informe final presentado por el Sr. Marc Bossuyt, Relator Especial, de conformidad con la resolución 1998/5 de la Subcomisión, E/CN.4/Sub.2/2002/21, 17 de junio de 2002, Ginebra, 2002, párrafos 72-80.

afectados (Hepple, 2001, pág. 17)²⁹. Ahora bien, en los segmentos más precarios del mercado de trabajo es difícilísimo instituir procesos democráticos para transformar las relaciones laborales, y en la medida en que las injusticias laborales están íntimamente vinculadas a las pautas de desigualdad de la comunidad, ni siquiera con una transformación considerable de los lugares de trabajo se estaría proporcionando una respuesta definitiva a la desigualdad en este ámbito.

Más allá del ámbito del trabajo: afrontar la dimensión estructural de la desigualdad

Si bien la definición ampliada de discriminación en el empleo que contempla las injusticias institucionalizadas y sistémicas constituye un avance importante, sigue teniendo como punto de referencia los contextos laborales formales, en tanto que lugares en los que se produce la discriminación. Las iniciativas de reglamentación más innovadoras adoptadas en respuesta a la discriminación sistémica, entre ellas los programas de equidad en el empleo e igualdad salarial, se llevan a cabo predominantemente en las grandes empresas, públicas o privadas, o solo tienen verdadera incidencia en estas. Además, su grado de eficacia suele depender también de que haya o no presencia sindical, pues dicha presencia suele garantizar la transparencia, la buena rendición de cuentas y la expresión de la opinión no mediatizada de los trabajadores. De forma más general, cualquier enfoque centrado en el lugar de trabajo tendrá una eficacia limitada si las desigualdades a que se enfrentan los trabajadores tienen que ver con pautas más generales arraigadas en las estructuras del mercado de trabajo. Dado que la reglamentación de la actividad laboral suele centrarse en el empleador, es difícil atajar las injusticias estructurales que trascienden el control de un empleador o un lugar de trabajo concretos. La reglamentación de los mercados laborales y las condiciones estructurales de la economía son competencia de los poderes públicos, que dictan las normas del trabajo y la política económica. Sin duda es posible ampararse en las normas constitucionales e internacionales que garantizan la protección contra la discriminación para cuestionar las políticas de reglamentación que tienen efectos discriminatorios en grupos desfavorecidos históricamente, y es un deber positivo del Estado atajar las injusticias del mercado que se ponen de relieve en estos conflictos jurídicos. La legislación antidiscriminatoria ya no se limita a reglamentar la conducta de empleadores públicos y privados, sino que, en definitiva, debe posibilitar las condiciones socioeconómicas necesarias para la equidad social, incidiendo sobre la vida colectiva y sobre el mercado de trabajo.

Además, al examinar las dimensiones estructurales de la desigualdad en el trabajo, muchos analistas y defensores de los derechos del trabajador han insistido en una definición ampliada del concepto mismo de trabajo, que abarque también la actividad en la economía informal y las tareas no remuneradas en

²⁹ Cabe destacar que el Convenio núm. 111 de la OIT, en su artículo 3, contempla la elaboración de métodos que tengan por objeto alcanzar la eliminación de la discriminación con la «cooperación de las organizaciones de empleadores y de trabajadores y de otros organismos apropiados».

el hogar y la comunidad. Barbara Harriss-White (2003, pág. 510) subraya que las leyes que prohíben la discriminación en el trabajo protegen a una ínfima minoría de los trabajadores porque una gran parte de la economía, la informal, queda completamente fuera de su alcance. En cuanto al trabajo no remunerado, Sandra Fredman (2000, pág. 184) pone de relieve la importancia de replantearse la línea divisoria entre la esfera pública y la privada para evaluar la interacción entre el trabajo en la familia y el trabajo remunerado (véase también Sheppard, 2005). Kerry Rittich sostiene que «mientras se mantenga la frontera tradicional entre trabajo remunerado y no remunerado existe el riesgo de que surja, en unos mercados desmantelados, una clase de trabajadores dependientes y relativamente empobrecidos, muchos de los cuales seguirán siendo mujeres» (Rittich, 2002, pág. 136).

Vosko (2004) ha criticado la perspectiva restringida adoptada a menudo en el derecho internacional del trabajo, que se focaliza en las relaciones de empleo estructuradas y excluye así la economía informal y los mercados de trabajo precarios. A juicio de esta autora, tanto el Convenio núm. 111 como la Declaración de 1998, que retoma sus principios, se fundan en la concepción clásica del empleo, por lo que no contemplan los problemas de igualdad de los trabajadores más vulnerables y marginados. Vosko destaca, en cambio, la mayor amplitud de miras del Programa de Trabajo Decente de la OIT, que propone un nuevo enfoque para abordar las cuestiones fundamentales de equidad en el trabajo. A diferencia del alcance ostensiblemente más restringido de la Declaración, el Programa de Trabajo Decente se ha concebido para mejorar la situación de todas las personas, asalariadas o no asalariadas, en la economía formal y en la informal, mediante la extensión de la protección tanto laboral como social (*ibíd.*, pág. 18; sobre el alcance más amplio del Programa de Trabajo Decente, véase asimismo Hepple, 2001, pág. 11, quien cita a Sen, 2000).

Si bien la crítica de Vosko acerca del alcance restringido de la Declaración, que se ocupa de la «eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación», puede resultar convincente, ha de señalarse asimismo que las primeras interpretaciones de este instrumento de derecho laboral fundamental se formularon desde una perspectiva muy amplia. Una prueba definitiva de ello es el Informe global de la OIT (2003) *La hora de la igualdad en el trabajo*. El título es ya revelador de una comprensión global del problema de la desigualdad; en cuanto a su contenido, destaquemos lo siguiente: «La erradicación de la discriminación laboral es indispensable para lograr la justicia social, la cual constituye un elemento esencial del mandato de la OIT» (OIT, 2003, pág. 1). El informe hace gala, pues, de una concepción amplia de la no discriminación y subraya la importancia de la integración en el ámbito laboral para alcanzar la igualdad social, tomando el lugar de trabajo como «un punto de partida estratégico para erradicar la discriminación en la sociedad» (*ibíd.*, pág. 3, párrafo 11). Sostiene además que la eliminación de la discriminación es una dimensión esencial de la idea de trabajo decente, que se «basa en la igualdad de oportunidades para cuantos trabajan o buscan un empleo y un sustento, ya sea como obreros, como empleadores o como trabajadores por cuenta propia, tanto en la economía formal como en la informal» (*ibíd.*, pág. 1,

párrafo 4). La igualdad en el trabajo «forma indisolublemente parte de cualquier estrategia viable de lucha contra la pobreza y de desarrollo económico sostenible» (OIT, 2003, pág. 1, párrafo 4). Así pues, la OIT, al articular un enfoque amplio y abierto de la igualdad en el trabajo, se hace eco de las aspiraciones de quienes desean ver converger la legislación antidiscriminatoria, la lucha contra la pobreza y el desarrollo económico sostenible³⁰. El segundo Informe global de la OIT sobre este tema volvió a adoptar una concepción amplia de la igualdad y abordó la trágica situación de algunas de las categorías de trabajadores más vulnerables, como los migrantes y los trabajadores domésticos (véase OIT, 2007, págs. 34-37). Volviendo a nuestra representación visual, vemos en el planteamiento de la OIT el reconocimiento de que las leyes antidiscriminatorias deberían ir más allá del marco estricto del trabajo estructurado y prolongar su radio de acción incluyendo la comunidad, la familia y la economía informal. Ahora bien, lograr una reforma efectiva de las leyes, un diálogo social real y un cambio de políticas más allá de los contextos laborales tradicionales sigue siendo una tarea muy ardua. El tercer Informe global de la OIT sobre la igualdad retoma la perspectiva amplia de las ediciones anteriores y concluye con una cita de la Declaración de Filadelfia, según la cual «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» (OIT, 2011, pág. 78, párrafo 281)³¹.

Conectar lo local y lo mundial: la dinámica internacional de la discriminación

Es importante que la legislación antidiscriminatoria amplíe su ámbito de aplicación para incluir la discriminación sistémica, las injusticias estructurales, la economía informal y el trabajo en el hogar. Semejante visión ampliada nos aleja considerablemente del modelo asimilacionista, centrado en el lugar de trabajo tradicional y restringido al mismo, al contextualizar el trabajo en sus entornos social y comunitario y en los planos local y nacional. Con todo, se necesita una última ampliación que nos lleve más allá de las fronteras del Estado nación. El examen de la desigualdad en el trabajo con una perspectiva internacional pone de manifiesto de qué modo la desigualdad que afecta a determinados grupos de población en los mercados de trabajo locales está vinculada a factores estructurales de la economía mundial (véase Blackett, 2007). También es esencial abrir las perspectivas de análisis para forjar una concepción más global de la justicia

³⁰ El Departamento de Desarrollo Internacional del Reino Unido (DFID), por ejemplo, sostiene que el establecimiento de normas del trabajo es fundamental para reducir la pobreza en el mundo y, por consiguiente, contribuye al desarrollo social, político y económico (véase DFID, 2004).

³¹ Este principio de la Declaración de Filadelfia de 1944 se recuerda asimismo en el Preámbulo al Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111). Véase la Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia), adoptada el 10 de mayo de 1944 y anexa a la Constitución de la OIT, Parte II, a), en <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/iloconst.htm#annex>> [consultado el 9 de abril de 2012].

social y económica (véase Sen, 1999). A decir verdad, la globalización ha arraigado aún más las desigualdades socioeconómicas y no ha hecho sino reconfigurar las pautas de desigualdad en los lugares de trabajo. Según Sylvia Walby, aunque las economías del conocimiento privilegian a quienes poseen niveles elevados de instrucción, las nuevas formas de trabajo asociadas a la mundialización e impulsadas por el afán de flexibilidad «pueden ser precarias y estar muy mal remuneradas» (Walby, 2000, pág. 814; véase además Hepple, 2005, pág. 3). Esta evolución está teniendo una fuerte incidencia en la desigualdad social, y no solo entre clases, sino también en «la intersección entre la clase, el género y las relaciones étnicas» (Walby, 2000, pág. 814). Además, muchos analistas han escrito sobre la feminización del trabajo en la economía mundial y han recalcado la necesidad de cuestionar y rebatir los postulados dominantes en que se basa la dinámica del mercado de trabajo mundial para atajar las desigualdades estructurales y satisfacer las necesidades de las mujeres (véase Ben-Israel y Foubert, 2004, pág. 95; Cornish, Faraday y Verma, 2006; Rittich, 2002; Vosko, 2004; Cholewinski, 2006). A la luz del nuevo contexto mundial, Ruth Ben-Israel y Petra Foubert sostienen que el concepto tradicional de mercado de trabajo dual podría ser inadecuado ante los nuevos tipos de discriminación a que se enfrenta una gran parte de los trabajadores (Ben-Israel y Foubert, 2004, pág. 354). Las autoras proponen una nueva división: el mercado de trabajo primario lo constituyen «los trabajadores a tiempo completo y de plantilla, que normalmente disfrutaban de un amplio abanico de derechos»; el mercado secundario, «los trabajadores precarios, atípicos y periféricos [...] con derechos exigüos». El tercer segmento comprende «los desempleados estructurales, excluidos del mercado de trabajo y, por consiguiente, también de la sociedad» (*ibíd.*).

Al contemplar las dimensiones estructurales de la desigualdad en el trabajo, tanto dentro de las fronteras nacionales como internacionalmente, surgen cuestiones fundamentales: la eliminación de la discriminación en el trabajo requiere políticas nacionales gubernamentales en materia de mercado de trabajo y reglamentación económica a escala nacional, pero también exige una legislación del trabajo transnacional, así como políticas sobre comercio justo. En su importante obra teórica, Saskia Sassen subraya «en qué medida lo mundial se encarna y se filtra a través de lo nacional» (Sassen, 2003, pág. 28; véase también Sassen-Koob, 1984; Craig y Lynk, 2006). Los cauces políticos nacionales permiten a los ciudadanos exigir que se rindan cuentas sobre los efectos de la globalización y hacer aportaciones democráticas al respecto, aunque no existan regímenes reglamentadores internacionales ni un Estado mundial como tal. Ahora bien, si se va más allá del marco del Estado nación para analizar las desigualdades *mundiales* en el ámbito del trabajo, comienza a plantearse la necesidad de desarrollar un derecho internacional del trabajo efectivo (Hepple, 2005; Langille, 2005b)³². Muchos autores defienden la necesidad de una go-

³² Si los países no ratifican los nuevos convenios del trabajo, se debilita su credibilidad y legitimidad; la falta de información y de datos sobre su observancia merma su eficacia. Véase NRCNA (2004).

bernanza transnacional, que David Held ha calificado en términos elocuentes como «democracia cosmopolita» (Held, 1995, págs. 190-201; véase igualmente Weiss, 2011). A juicio de Held, la creación de unos mecanismos mundiales de gobernanza contribuirá a que se obligue a rendir cuentas a «las instancias de poder situadas actualmente fuera del control democrático» (*loc. cit.*). Semejante perspectiva mundial plantea interrogantes críticos acerca de la capacidad y la responsabilidad de las instituciones internacionales para promover la justicia social y una gobernanza transnacional eficaz (Sen, 1999).

El hecho de que la eliminación de la discriminación figure como uno de los cuatro principios fundamentales de la Declaración de la OIT de 1998, junto con el lanzamiento del vasto Programa de Trabajo Decente, han suscitado un mayor interés por el análisis de los derechos en materia de igualdad dentro de la legislación internacional del trabajo. La elaboración de esta requiere en buena medida un análisis comparado de las diferentes estrategias nacionales y locales para eliminar la discriminación, pero el derecho internacional del trabajo también exige analizar las relaciones entre los distintos factores de desigualdad en diferentes países y regiones del mundo, análisis que plantea interrogantes acerca del contexto de trabajo mundial, el comercio internacional, la migración laboral, la fuga de capitales y la evolución socioeconómica internacional, por ejemplo. Más recientemente, la crisis financiera ha confirmado la importancia de analizar el problema desde la perspectiva mundial. En el tercer Informe global de la OIT sobre la igualdad, la Organización subraya la necesidad de que todos los gobiernos sigan dando prioridad a la lucha contra la discriminación, en particular en esta época de inestabilidad económica, y de que no se sacrifiquen los objetivos de la igualdad a largo plazo en el intento de encontrar soluciones económicas inmediatas (OIT, 2011, págs. 5-10).

Conclusión: la convergencia en el derecho del trabajo internacional

Nuestros círculos concéntricos trazan los contornos de una concepción cada vez más amplia de la desigualdad en el trabajo y de los límites de lo que se considera discriminación. A medida que ensanchamos los paradigmas que conforman nuestra reflexión, el acento ha de ponerse en comprender la conexión entre las manifestaciones de las desigualdades socioeconómicas y las disparidades entre los grupos en función del sexo, la raza, el origen nacional o étnico, la discapacidad, el origen social, las creencias políticas, la religión y la orientación sexual, así como el modo en que esas disparidades se ponen de manifiesto en los sectores formal e informal de la economía. Al mismo tiempo, ocupándonos de las injusticias que sufren los grupos económicamente más desfavorecidos y marginados de la sociedad, contribuiremos necesariamente a alcanzar una mayor igualdad en el trabajo³³. Adelle Blackett mantiene que en el mundo del tra-

³³ La utilización de esta estrategia para afrontar la discriminación interseccional y múltiple se analiza en Shepard (2011, pág. 29).

bajo la ciudadanía se reconfigura en la intersección entre la legislación laboral y la relativa a los derechos humanos (Blackett, 2011b, pág. 434; véase también Fraser, 2009, capítulo 6). Como hemos visto, a medida que ampliamos nuestra idea de la discriminación para abarcar las desigualdades sistémicas y estructurales que afectan a determinados grupos, la legislación antidiscriminatoria converge con otros ámbitos del derecho internacional del trabajo en la lucha por que los trabajadores obtengan el poder de participación que les corresponde y por unas condiciones de trabajo y de vida más justas en una economía cada vez más globalizada.

Bibliografía citada

- Abella, Rosalie Silberman. 1984. *Equality in Employment: A Royal Commission Report*. Ottawa, Supply and Services Canada. Octubre.
- ACNUDH (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos). 2006. *Principios y directrices para la integración de los derechos humanos en las estrategias de reducción de la pobreza*. Documento HR/PUB/06/12. Ginebra.
- Agócs, Carol (directora). 2002. *Workplace equality: International perspectives on legislation, policy and practice*. La Haya, Kluwer Law International.
- Albiston, Catherine. 2009. «Institutional inequality», *Wisconsin Law Review*, vol. 2009, núm. 5, págs. 1093-1167.
- Alston, Philip. 2005. «Facing up to the complexities of the ILO's core labour standards agenda», *European Journal of International Law*, vol. 16, núm. 3, págs. 467-480.
- . 2004. «Core labour standards' and the transformation of the international labour rights regime», *European Journal of International Law*, vol. 15, núm. 3, págs. 457-521.
- , y Heenan, James. 2004. «Shrinking the international labor code: An unintended consequence of the 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work?», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 36, núms. 2-3, págs. 221-264.
- Arbour, Louise. 2005. *Freedom from want: From charity to entitlement*. Conferencia LaFontaine-Baldwin pronunciada en Le Capitole, Ciudad de Quebec, 4 de marzo. Puede leerse en <<http://www.icc-icc.ca/en/lbs/docs/LouiseArbour2005EN.pdf>> [consultado el 9 de abril de 2012].
- Bacchi, Carol. 2004. «Policy and discourse: Challenging the construction of affirmative action as preferential treatment», *Journal of European Public Policy*, vol. 11, núm. 1, págs. 128-146.
- Bader Ginsburg, Ruth, y Jones Merritt, Deborah. 1999. «Affirmative action: An international human rights dialogue» (Conferencia Benjamin N. Cardozo), *The Record*, vol. 54, núm. 3, págs. 279-310.
- Ben-Israel, Ruth, y Foubert, Petra. 2004. «Equality and prohibition of discrimination in employment», en Roger Blanpain (director): *Comparative labour law and industrial relations in industrialized market economies*. Octava edición. La Haya, Kluwer Law International, págs. 321-358.
- Blackett, Adelle (redactora invitada). 2011a. Número monográfico «Regulating decent work for domestic workers», *Canadian Journal of Women and the Law*, vol. 23, núm. 1.
- . 2011b. «Emancipation in the idea of labour law», en Davidov y Langille, págs. 420-436.
- . 2007. «Situated reflections on international labor law, capabilities, and decent work: The Case of Centre Maraicher Eugene Guinois», *Revue québécoise de droit international*, número monográfico, págs. 223-244.
- , y Sheppard, Colleen. 2003. «Conjugar la negociación colectiva y el fomento de la igualdad», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 122, núm. 4, págs. 461-505.
- Blumrosen, Alfred W. 1972. «Strangers in paradise: *Griggs v. Duke Power Co.* and the concept of employment discrimination», *Michigan Law Review*, vol. 71, núm. 1, págs. 59-110.
- Cholewinski, Ryszard. 2006. «International labour law and the protection of migrant workers: Revitalizing the agenda in the era of globalization», en Craig y Lynk, págs. 409-444.

- Cornish, Mary; Faraday, Fay, y Verma, Veena. 2006. «Securing gender justice: The challenges facing international labour law», en Craig y Lynk, págs. 377-408.
- Craig, John D. R., y Lynk, S. Michael (directores). 2006. *Globalization and the future of labour law*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Crenshaw, Kimberlé. 1989. «Demarginalizing the intersection of race and sex: A black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics», *University of Chicago Legal Forum*, págs. 139-167.
- Davidov, Guy, y Langille, Brian. 2011. *The idea of labour law*. Oxford, Oxford University Press.
- Day, Shelagh, y Brodsky, Gwen. 1996. «The duty to accommodate: Who will benefit?», *Canadian Bar Review*, vol. 75, núm. 3, págs. 433-473.
- Dennis, Michael J., y Stewart, David P. 2004. «Justiciability of economic, social, and cultural rights: Should there be an international complaints mechanism to adjudicate the rights to food, housing, and health?», *American Journal of International Law*, vol. 98, núm. 3, págs. 462-515.
- DFID (Departamento de Desarrollo Internacional del Reino Unido). 2004. *Labour standards and poverty reduction*. Documento para consulta. Londres.
- Faundez, J. 1994. *Affirmative action: International perspectives*. Ginebra, OIT.
- Flanagan, Thomas. 1987. «Equal pay for work of equal value: An historical note», *Journal of Canadian Studies*, vol. 22, núm. 3, págs. 5-19.
- Fraser, Nancy. 2009. *Scales of justice: Reimagining political space in a globalizing world*. Nueva York, Columbia University Press.
- Fredman, Sandra. 2008. *Human rights transformed: Positive rights and positive duties*. Oxford, Oxford University Press.
- . 2005. «Providing equality: Substantive equality and the positive duty to provide», *South African Journal on Human Rights*, vol. 21, núm. 2, págs. 163-190.
- . 2000. «Discrimination law in the EU: Labour market regulation or fundamental rights?», en Hugh Collins, Paul Davies y Roger Rideout (directores): *Legal regulation of the employment relation*. La Haya, Kluwer Law International, págs. 183-201.
- Fudge, Judy, y Owens, Rosemary (directoras). 2006. *Precarious work, women and the new economy: The challenge to legal norms*. Oxford, Hart Publishing.
- Ghai, Dharam. 2003. «Trabajo decente: concepto e indicadores», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 122, núm. 2, págs. 125-160.
- Hakim, Catherine. 2004. *Key issues in women's work: Female diversity and the polarisation of women's employment*. Segunda edición. Londres, GlassHouse.
- Harriss-White, Barbara. 2003. «La desigualdad en el trabajo en la economía informal: cuestiones esenciales y ejemplos», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 122, núm. 4, págs. 507-518.
- Held, David. 1995. *Democracy and the global order: From the modern State to cosmopolitan governance*. Stanford (California), Stanford University Press.
- Hepple, Bob. 2005. *Labour laws and global trade*. Oxford, Hart Publishing.
- . 2001. «Igualdad, representación y participación para un trabajo decente», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 120, núm. 1, págs. 5-20.
- Hodges-Aeberhard, Jane. 1999. «La acción positiva en el empleo, un concepto espinoso para los tribunales», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 118, núm. 3, págs. 275-304.
- Jackman, Martha. 1999. «From national standards to justiciable rights: Enforcing international social and economic guarantees through *Charter of Rights* review», *Journal of Law and Social Policy*, vol. 14, págs. 69-90.
- Kabeer, Naila. 2000. «Social exclusion, poverty and discrimination: Towards an analytical framework», *IDS Bulletin*, vol. 31, núm. 4, págs. 83-97. Se puede consultar en <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1759-5436.2000.mp31004009.x/pdf>> [consultado el 21 de febrero de 2012].
- Langille, Brian A. 2005a. «Core labour rights: The true story», *European Journal of International Law*, vol. 16, núm. 3, págs. 409-437.
- . 2005b. *What is international law for?* Ginebra, Instituto Internacional de Estudios Laborales.

- MacKinnon, Catharine A. 1987. *Feminism unmodified: Discourses on life and law*. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.
- Maupain, Francis. 2005. «Revitalization not retreat: The real potential of the 1998 ILO Declaration for the Universal Protection of Workers' Rights», *European Journal of International Law*, vol. 16, núm. 3, págs. 439-465.
- McCrudden, Christopher. 1998. «Social policy issues in public procurement: A legal overview», en Sue Arrowsmith y Arwel Davies (directores): *Public procurement: Global revolution*. La Haya, Kluwer Law International, págs. 219-239.
- Minow, Martha. 1990. *Making all the difference: Inclusion, exclusion and American law*. Ithaca (Nueva York), Cornell University Press.
- NRCNA (National Research Council of the National Academies). 2004. *Monitoring international labor standards: Techniques and sources of information*. Washington, National Academies Press.
- Nielsen, Henrik Karl. 1994. «The concept of discrimination in ILO Convention No. 111», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 43, núm. 4, págs. 827-856.
- OIT. 2011. *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. Conferencia Internacional del Trabajo, 100.^a reunión, Informe I (B). Ginebra.
- . 2010. *Trabajo decente para los trabajadores domésticos*. Conferencia Internacional del Trabajo, 99.^a reunión, Informe IV(1). Ginebra.
- . 2007. *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*. Conferencia Internacional del Trabajo, 96.^a reunión, Informe I (B). Ginebra.
- . 2003. *La hora de la igualdad en el trabajo. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. Conferencia Internacional del Trabajo, 91.^a reunión, Informe I (B). Ginebra.
- . 1999. *Trabajo decente*. Memoria del Director General a la 87.^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. Ginebra.
- Politakis, George P. 2001. «Trabajo nocturno de las mujeres. El doble anhelo protección-igualdad», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 120, núm. 4, págs. 469-496.
- Rittich, Kerry. 2002. «Feminization and contingency: Regulating the stakes of work for women», en Joanne Conaghan, Richard Michael Fischl y Karl Klare (directores): *Labour law in an era of globalization: Transformative practices and possibilities*. Oxford, Oxford University Press, págs. 117-136.
- Sankaran, Kamala. 2011. «Informal employment and the challenges for labour law», en Davidov y Langille, págs. 223-233.
- Sassen, Saskia. 2003. «The participation of States and citizens in global governance», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 10, núm. 1, págs. 5-28.
- Sassen-Koob, Saskia. 1984. «Notes on the incorporation of Third World women into wage-labor through immigration and off-shore production», *International Migration Review*, vol. 18, págs. 1144-1167.
- Sen, Amartya. 2000. «Trabajo y derechos», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 119, núm. 2, págs. 129-139.
- . 1999. «Global justice: Beyond international equity», en Inge Kaul, Isabelle Grumberg y Marc A. Stern (directores): *Global public goods: International cooperation in the 21st century*. Nueva York, Oxford University Press, págs. 116-125.
- Sheppard, Colleen. 2011. *Multiple discrimination in the world of work*. Programa InFocus sobre la Promoción de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Documento de trabajo núm. 66. Ginebra, OIT.
- . 2010. *Inclusive equality: The relational dimensions of systemic discrimination in Canada*. Montreal, McGill-Queen's University Press.
- . 2006. «Challenging systemic racism in Canada», en Elaine Kennedy-Dubourdieu (directora): *Race and inequality: World perspectives on affirmative action*. Aldershot, Ashgate Press, págs. 43-62.

- . 2005. «Individual accommodation versus institutional transformation: Two paradigms for reconciling paid work and family responsibilities», en *La Charte des droits et libertés de la personne: Pour qui et jusqu'où?* Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec. Cowansville, Quebec, Editions Yvon Blais, págs. 379-404.
- . 2001. «Of forest fires and systemic discrimination: A review of *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*», *McGill Law Journal*, vol. 46, núm. 2, págs. 533-559.
- Sturm, Susan. 2006. «The architecture of inclusion: Advancing workplace equity in higher education», *Harvard Journal of Law and Gender*, vol. 29, núm. 2, págs. 247-334.
- . 2001. «Second generation employment discrimination: A structural approach», *Columbia Law Review*, vol. 101, núm. 3, págs. 458-468.
- Tomei, Manuela. 2005. *Affirmative action for racial equality: Features, impact and challenges*. Programa InFocus sobre la Promoción de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Documento de trabajo núm. 44. Ginebra, OIT.
- . 2003. «Análisis de los conceptos de discriminación y de igualdad en el trabajo», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 122, núm. 4, págs. 441-459.
- Vosko, Leah. 2010. *Managing the margins: Gender, citizenship, and the international regulation of precarious employment*. Oxford, Oxford University Press.
- . 2004. *Confronting the norm: Gender and international regulation of precarious work*. Documento preparado para la Comisión Legislativa (Law Commission) del Canadá, Ottawa, Julio. Se puede consultar en <<http://publications.gc.ca/site/eng/292633/publication.html>> [consultado el 2 de marzo de 2012].
- . 2002. «'Decent work': The shifting role of the ILO and the struggle for global social justice», *Global Social Policy*, vol. 2, núm. 1, págs. 19-46.
- Walby, Sylvia. 2000. «Analyzing social inequality in the twenty-first century: Globalization and modernity restructure inequality», *Contemporary Sociology*, vol. 29, núm. 6, págs. 813-818.
- Weiss, Manfred. 2011. «Re-inventing labour law?», en Davidov y Langille, págs. 43-56.