

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO



**LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PROTECTOR FRENTE A LA
FALTA DE REGULACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA EN
LAS RELACIONES LABORALES**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

AUTOR

LUIS JESUS PUICAN RODRIGUEZ

ASESOR

RICARDO VICENTE SILVA PERALTA

<https://orcid.org/0000-0003-3252-5197>

Chiclayo, 2022

**LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PROTECTOR FRENTE A LA FALTA
DE REGULACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA EN LAS
RELACIONES LABORALES**

PRESENTADA POR
LUIS JESUS PUICAN RODRIGUEZ

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de

ABOGADO

APROBADA POR

Vera Luccia Baylon Chevez
PRESIDENTE

Guillermo Enrique Chira Rivero
SECRETARIO

Ricardo Vicente Silva Peralta
VOCAL

Dedicatoria

A mis padres por ser pacientes conmigo, a mis profesores por darme los instrumentos para resolver mis dudas y a mis amigos por tantos buenos momentos en la carrera.

Agradecimientos

A mi profesor y asesor Ricardo Vicente Silva Peralta por apoyarme con esta investigación, así como también, a los demás profesionales de diversas carreras que me ayudaron a realizar las traducciones y encuestas.

TESIS

ORIGINALITY REPORT

9%

SIMILARITY INDEX

9%

INTERNET SOURCES

2%

PUBLICATIONS

4%

STUDENT PAPERS

PRIMARY SOURCES

1	elabejorro.blogia.com Internet Source	1%
2	tesis.usat.edu.pe Internet Source	1%
3	hdl.handle.net Internet Source	1%
4	www.scribd.com Internet Source	1%
5	vsip.info Internet Source	<1%
6	lpderecho.pe Internet Source	<1%
7	revistajuridicaergaomnes.blogspot.com Internet Source	<1%
8	Submitted to Universidad de Sevilla Student Paper	<1%
9	alicia.concytec.gob.pe Internet Source	<1%

Índice

Resumen	5
Abstract	6
Introducción.....	7
1. Revisión de literatura.....	9
1.1. Antecedentes	9
1.2. Bases teóricas.....	13
2. Materiales y métodos	23
2.1. Tipo de investigación	23
2.2. Técnicas e instrumentos de recolección de datos cualitativos.....	23
3. Resultados y discusión	24
3.1. Conceptualización de la figura de la discriminación indirecta y criterios para identificarla	24
3.2. Análisis de la figura de la discriminación indirecta en las relaciones laborales en el ordenamiento jurídico peruano	26
4. Conclusiones	33
5. Recomendaciones	34
Referencias.....	35
Anexos	38

Resumen

Este trabajo de investigación busca analizar el contenido jurisprudencial, doctrinario y legal de una figura jurídica escasamente estudiada, como lo es la discriminación indirecta en las relaciones laborales. Para ello, hemos recabado los estudios más relevantes acerca de esta figura y como es que diversos ordenamientos jurídicos han planteado soluciones para frenar esta modalidad discriminatoria. En ese contexto, exponemos y analizamos la respuesta legislativa y la respuesta jurisprudencial, tanto a nivel nacional como extranjero, para comprender como es que nuestro país ha reaccionado frente a la discriminación indirecta y si es que esta respuesta es suficiente para que el juzgador y la población en general pueda comprender el significado de esta figura y sentirse protegida si sufriera discriminación indirecta. En tal sentido, a la luz del principio laboral protector, proponemos una modificación parcial a la norma laboral, reconociendo que esta medida evita interpretaciones ambiguas y vagas de esta figura.

Palabras claves: relaciones laborales, principio protector, principio de igualdad de derechos, discriminación indirecta, derecho legislativo.

Abstract

In this paper, we present a jurisprudential, legal, and doctrinal analysis of an often-understudied legal figure, such as indirect discrimination in labor relations. This is why we gathered the most relevant studies about this figure and how different legal systems have proposed methods for ending this discriminatory practice. In this context, we analyze the legislative and judicial responses, both nationally and abroad, to understand how our country has handled indirect discrimination to know whether the response is sufficient for judges and general society to comprehend this figure and feel protected if they face indirect discrimination. In this sense, in light of the protective labor principle, we propose a partial modification to the labor law, recognizing this measure avoids ambiguous and vague interpretations of this figure.

Keywords: labor relations, protective principle, equal rights, employment discrimination, indirect discrimination, legislative law, case law.

Keywords: labour relations, protective principle, equal rights, indirect discrimination, legislative law.

Introducción

Existe una realidad laboral en nuestro país que impide a ciertos sectores de la población como mujeres, discapacitados, adultos mayores, entre otros, desempeñar empleos o ascender laboralmente, debido a requisitos irrazonables y desproporcionados impuestos por el empleador, que se justifican en sus prejuicios y estereotipos que traslada en la selección del personal que labora o pretende laborar con él. Asimismo, la diversidad cultural que existe en nuestro país y que la gente no termina de comprender, se manifiesta en el rechazo a incluir en las filas laborales a trabajadores por su origen étnico, ideología religiosa, política, entre otros factores.

Ahora bien, pese a que existen diversos organismos y desarrollo normativo que protegen al trabajador que se encuentra en una posición de desventaja respecto a su empleador, no toda situación discriminatoria ha sido fielmente incorporada en los cuerpos legales. Esto se debe a la mutabilidad constante en la que se encuentran las sociedades tanto en el tiempo como en el espacio. Muestra de lo mencionado, es un nuevo tipo de discriminación que se presenta bajo una fachada de neutralidad e imparcialidad, justificándose en bases legales que no tienen un propósito discriminatorio en sí, pero que, al ser aplicado en la realidad, existe un favorecimiento irregular hacia un determinado grupo de personas, frente a otro grupo, lo cual genera una situación de diferenciación no justificada. A esto es lo que denominamos discriminación indirecta, la cual pese a tener un amplio desarrollo normativo, doctrinal y jurisprudencial a nivel internacional, ha sido someramente incorporado a nuestro ordenamiento jurídico, a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional o mediante una norma que la considera como falta muy grave, pero no señala realmente que significa discriminar indirectamente a un trabajador.

Es en ese sentido que, corresponde preguntarse si es que realmente como miembros de un país en donde no se encuentra taxativamente regulada la discriminación indirecta, existe realmente una verdadera protección a los derechos fundamentales de igualdad y no discriminación. Ante ello es que corresponde hacernos la siguiente pregunta: ¿Cómo deberá responder el ordenamiento jurídico, frente a la falta de regulación expresa de la discriminación indirecta en las relaciones laborales?

En tal sentido, es evidente que, la discriminación genera consecuencias lesivas a la sociedad y, aunque en la mayoría de casos, sea evidente el acto discriminatorio, esto no sucede siempre. Tal es el caso de la figura que nos interesa comentar en el presente artículo, la discriminación indirecta; por cuanto esta se presenta de manera neutral, siendo difícil su identificación. Razones por las cuales merece otorgarle importancia a su estudio, máxime si como se ha comentado anteriormente, genera consecuencias lesivas a la sociedad y, al ser difícilmente cognoscibles, se multiplican en el desconocimiento de los aplicadores del derecho y los trabajadores.

Ante dicha situación y para darle solución, se ha planteado el presente trabajo de investigación, donde se tiene como objetivo general, Proponer la respuesta del ordenamiento jurídico peruano frente a la falta de regulación expresa de la discriminación indirecta en las relaciones laborales. Para lo cual será necesario estudiar temas específicos respecto a la discriminación indirecta y, para ello, se han planteado también los siguientes objetivos específicos: a) Definir la figura de la discriminación indirecta y señalar los criterios que la identifican; y b) Examinar las alternativas de solución frente a la falta de regulación expresa de la discriminación indirecta en el Perú.

Estando a lo señalado, corresponde identificar las respuestas que algunos países han optado frente a la discriminación indirecta. Una de ellas es desarrollar un cuerpo normativo, con una serie de preceptos legales que hagan referencia de manera expresa y especializada a la discriminación indirecta, así como también, la forma en que se desarrolla. Para citar un ejemplo de esto, podemos encontrar en la Legislación Española la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, que se propone buscar la igualdad efectiva entre varones y mujeres y, al mismo tiempo, estrechar la diferencia salarial que existe entre ambos grupos. Otra de las respuestas por las que otros países han optado es, a través de su jurisprudencia, darle desarrollo a la figura para asociarla dentro de las normas que regulan la discriminación en forma general. En resumen, estas dos serían las soluciones que brindan los ordenamientos jurídicos respecto a la falta de regulación expresa de la discriminación en su modalidad indirecta. En este trabajo pretendemos darle una solución al problema que brinde menos complejidad a los operadores del derecho para identificar y juzgar las situaciones que implique esta figura, por lo que se propondrá una modificación parcial de las normas laborales para incluir dentro de ellas a la discriminación indirecta, inspirándose en el derecho comparado que se estudiará a lo largo de la presente investigación.

1. Revisión de literatura

1.1. Antecedentes

En esta parte de la investigación, se procedió a realizar un estudio exhaustivo de diversas fuentes escritas como tesis de maestría, libros, revistas y artículos científicos, los cuales se relacionan con el trabajo de investigación, para lograr los objetivos que se proponen.

Estudios realizados sobre la discriminación laboral

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017), en el “Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 22: Personas situación de migración o refugio”, tiene como objetivo dar a conocer a la comunidad internacional su jurisprudencia más relevante respecto a ciertos temas que presentan gran interés en los países que conforman este organismo regional. En tal sentido, el presente cuadernillo está dedicado a tratar temas relacionado a los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales. Entre estos derechos nos interesa el derecho a la no discriminación, el cual es desarrollado de manera amplia y precisa por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través del famoso Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile (Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349), donde concluye:

Al respecto, la Corte reitera que el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados. (p. 95)

Lo mencionado por dicha organización, es importante para la presente investigación porque se busca formular una respuesta frente a una situación que implica una vulneración al principio de no discriminación, por tanto, debe comprenderse bien que significa este principio y cuál es la labor que debe desempeñar el Estado para proveer a los ciudadanos de las debidas condiciones que le permitan desarrollarse en un ambiente de igualdad y no discriminación.

Reategui, J. (2018), en su tesis de pregrado denominada “Cumplimiento de la cuota de empleo y los ajustes razonables de la Ley General de la Persona con Discapacidad en las grandes empresas privadas del distrito de Chiclayo – 2017” presentada en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, tiene como objetivo principal verificar el cumplimiento de las disposiciones laborales, en el ámbito de las grandes empresas privadas del distrito de Chiclayo. Llegando a la siguiente conclusión:

Siendo ese el concepto entendido sobre discriminación, es necesario preguntarnos ¿qué debemos entender por discriminación por discapacidad? La discriminación por discapacidad tiene su principal origen en la valoración que la sociedad hace de la discapacidad, basado en lo que es bueno, malo, bonito, feo, normal o anormal. De esta manera, se establece que son aquellas percepciones erróneas de la discapacidad que se ven traducidas en prejuicios y actitudes negativas. (p. 56)

En tal sentido, el aporte que el autor brinda respecto a la presente investigación, es que la discriminación en razón de la discapacidad implica un trato excluyente hacía un sujeto que posee una deficiencia, ya sea física o psíquica, la cual disminuye sus capacidades como

persona, sin justificarse en un criterio razonable y/o proporcional. En suma, se trata de una discriminación directa cuando el empleador justifique el rechazo de su contratación en razón de su discapacidad, sin embargo, puede tratarse de una discriminación indirecta en los casos en que el empleador condicione el ascenso salarial de los trabajadores sin distinción alguna, en criterios referidos al rendimiento más eficiente de los trabajadores que con sus capacidades físicas y psíquicas normales alcancen a diferencia de los discapacitados.

Estudios realizados sobre la discriminación indirecta

Salomé Resurrección (2017), en su artículo denominado “La discriminación y algunos de sus calificativos: directa, indirecta, por indiferenciación, interseccional (o múltiple) y estructural”, presenta algunos calificativos o concepciones que surgen de la discriminación, tales como la discriminación directa, discriminación indirecta, discriminación por indiferenciación, discriminación interseccional o múltiple y discriminación estructural. En lo que respecta a la distinción entre discriminación directa y la discriminación indirecta, la autora concluye:

Uno de los aspectos a los que la doctrina ha prestado especial atención al hacer referencia a estas dos modalidades de discriminación es la intencionalidad. Así, se podría pensar -atendiendo a sus características- que la discriminación directa es deliberada, mientras que la discriminación indirecta es inconsciente; sin embargo, esto no es exacto. (p. 262)

En lo que respecta a la presente investigación, interesa reconocer cada una de las manifestaciones de la discriminación para comprender que diferencia una de otra y que tan grave es dejar desapercibida una situación que resulte una discriminación no directa. En este caso la autora establece una aparente diferenciación entre la discriminación directa y la indirecta, lo cual nos sirve para individualizarlas.

Guevara y Ramírez (2017), en su tesis de pregrado denominada “Dificultades para acceder a un puesto de trabajo por tener antecedentes penales” presentada en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, tienen como objetivo principal despertar el interés en las autoridades correspondientes para la creación de medidas por parte del Estado para promover la contratación de personas que han estado en prisión y que buscan una oportunidad laboral que contribuya a su total resocialización. Llegando a la siguiente conclusión:

La exigencia de antecedentes penales para acceder a un puesto de trabajo produce una discriminación directa que corresponde a la etapa pre-ocupacional, vulnerándose el derecho a la igualdad y no discriminación. De esta manera ante la colisión entre el Derecho al trabajo y la libertad de empresa, se debe aplicar el juicio de ponderación. Examinando los sub principios de: a) Adecuación o idoneidad, donde si es posible limitar la libre disposición que tiene la empresa para designar a quienes desea o no contratar, pues permite el desarrollo del Derecho al acceso al trabajo; b) Necesidad, la implementación de las políticas que garanticen que aquellas personas con antecedentes penales accedan a un empleo es una medida adecuada y carente de consecuencia lesiva, que por el contrario si ocurre cuando se afecta este derecho y genera discriminación; c) Proporcionalidad, el grado de afectación de la Libertad de empresa es leve y las premisas que sustentan la intervención del Derecho al trabajo son certeras. (p. 99)

En ese sentido, el aporte que las autoras brindan respecto a la presente investigación, es que la discriminación por antecedentes penales del trabajador es una realidad y se presenta a

menudo en las relaciones laborales de manera directa, sin embargo, puede presentarse de manera indirecta en instituciones que, nieguen el acceso al empleo a trabajadores que, no teniendo antecedentes penales, tienen relaciones familiares o amicales con personas que sí tienen antecedentes penales. En este caso, estaríamos frente a una situación que directamente no discrimina al trabajador como individuo sino en sus relaciones con otros, configurándose una discriminación indirecta. Cabe señalar que, estas prácticas vulneran a los principios y derechos de igualdad y no discriminación. Pues, no puede justificarse con el derecho a la libertad de empresa, en cuanto consisten en un trato diferenciado no justificado a través de juicios de razonabilidad y proporcionalidad.

Velaochaga-Hermoza (2018), en su tesis de pre-grado denominada “La discriminación laboral por razones ideológicas basadas en la limitación del derecho de libertad de religión” presentada en la Universidad de Piura, tiene como objetivo principal analizar la discriminación laboral por razones ideológicas basadas en la limitación del derecho de libertad de religión, el mismo que presenta el análisis de la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional referente al tema de estudio. Llegando a la siguiente conclusión:

La discriminación indirecta se caracteriza porque las normas y prácticas de calificación para puestos de trabajo aparecen como imparciales, pero, luego de aplicarlas a la colectividad, por igual a cada individuo, arrojan resultados profundamente desiguales atendiendo a las condiciones personales de cada uno. Por ejemplo, el someter la obtención de un puesto de trabajo al dominio de un idioma determinado cuando tal cualidad no sea estrictamente indispensable para desempeñar las actividades del puesto de trabajo. (p. 07)

El análisis y exposición de lo antes mencionado servirá como aporte para la investigación puesto que, en suma, la discriminación indirecta no proyecta ser una discriminación evidente en la normativa interna o práctica de la empresa, sino un aspecto neutral que no debería generar tratos diferenciados injustificados entre los trabajadores, pero que en la realidad imposibilita que cierto sector de trabajadores obtenga los mismos beneficios que otro sector. Siendo ejemplo de esto, las cualidades o logros que solo pueden alcanzar algunos trabajadores y que no tienen relación con la actividad laboral.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto al tema en comentario, en el Expediente N° 05652-2007-PA/TC de fecha seis de noviembre de dos mil ocho, emitida en la Ciudad de Lima por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, declaró fundada en parte la demanda interpuesta por doña Rosa Bethzabé Gambini Vidal contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. El asunto a resolver fue la solicitud de la demandante para que el órgano judicial ordene su reposición en el puesto laboral que estuvo desempeñando, por cuanto alega haber sido víctima de un despido discriminatorio en razón del sexo de la trabajadora, pues se encontraba en estado de gestación. Este Tribunal en sus fundamentos hizo alusión a la discriminación indirecta de la siguiente manera:

La discriminación es indirecta cuando ciertas normas jurídicas, políticas y actos del empleador de carácter aparentemente imparcial o neutro tienen efectos desproporcionadamente perjudiciales en gran número de integrantes de un colectivo determinado, sin justificación alguna e independientemente de que éstos cumplan o no los requisitos exigidos para ocupar el puesto de trabajo de que se trate, pues la aplicación de una misma condición, un mismo trato o una misma exigencia no se les exige a todos por igual. (Fundamento 45)

Respecto a lo señalado, es importante enfatizar en que la presente sentencia del Tribunal Constitucional contribuye a la presente investigación de manera relevante, pues debe tenerse en consideración que se trata del máximo órgano que, según nuestra Constitución, es el intérprete por excelencia de esta en el ordenamiento jurídico peruano, quien posee todas las facultades para interpretar las normas conforme a derecho y dotar aquellas que resulten imprecisas, de un contenido constitucional válido. Así, el Tribunal Constitucional mediante esta sentencia ha dejado claro el reconocimiento de la discriminación indirecta en el Perú y nos permite comprender gracias a la definición que brinda, lo que significa esta figura. Además, es la única sentencia que interpreta de manera tan completa lo que la normativa, doctrina y jurisprudencia extranjera denomina discriminación indirecta.

Estudios realizados sobre el principio protector

Arellano y Benfeld (2017), en su artículo denominado “Reflexiones sobre el principio de protección al trabajador y su influencia en el ámbito sustantivo y procesal del derecho laboral: Otra mirada al caso Kronos”, pretenden exponer la influencia del principio protector en el régimen laboral, manifestado de manera sustantiva y procesal, y para dar mayor ejemplificación a su trabajo, exponen el polémico caso de tutela laboral, cuyos principales protagonistas fueron Madrid con Sociedad de Profesionales Kronos. En lo que respecta a la presente investigación, nos interesa el desarrollo que brindan estos autores al principio protector, de la siguiente manera:

En las relaciones sociales se dan vínculos de poder y uno de los más intensos es probablemente el de las relaciones de trabajo. La idea matriz del derecho del trabajo es la protección del trabajador. De esta manera, el derecho del trabajo humaniza las relaciones laborales. (p. 10)

El trabajo realizado por ambos autores aporta a la presente investigación la idea del papel minimizado que desempeña el trabajador en la relación laboral frente al empleador, quien ejerce un papel determinante y autoritario; razón por la cual aparece el principio protector para proteger al indefenso y equilibrar la balanza de la relación laboral en la forma en que más beneficie al trabajador.

Otra investigación que merece atención es la realizada por Munita Luco (2016) en su artículo denominado “El principio protector y la regla de in dubio pro operario como criterio de interpretación de la norma laboral”, donde analiza la naturaleza del principio laboral denominado in dubio pro operario que, se trata de una manifestación del conocido principio protector y explica en qué casos resulta aplicable. Interesa en este artículo el sentido que el autor otorga al principio protector tras analizar diversos autores y legislaciones respecto a la materia, donde concluye que “más que un denominado principio protector, de dudosa existencia, estaríamos frente a lo que se denomina también principio de condición o norma más favorable que resuelve el problema de jerarquización de fuentes en el Derecho del Trabajo” (p. 87). En tal sentido, el autor brinda una interpretación distinta a la que sostienen otros autores, la cual sirve en la presente investigación para tener una idea más amplia de lo que en realidad conlleva el denominado principio protector.

1.2. Bases teóricas

Relación laboral

Esta institución jurídica abarca todas las normas relacionadas a un negocio jurídico bilateral cuyo fin es constituir una relación jurídica laboral. Se diferencia de la locación de servicios, en cuanto implica una relación de subordinación del trabajador frente al empleador, en cuanto este le ordenará las labores que desempeñará y de qué manera deberá realizarlas, en suma, el empleador ejercerá un poder de dirección frente al empleado. Asimismo, las labores que ejercerá el trabajador a favor del empleador o la persona que se designe como beneficiaria, serán a cambio de una prestación económica, esta es, la remuneración.

Ferro Delgado (2019) comenta que el contrato individual de trabajo implica la fuerza del trabajador puesta a disposición del empleador para que este haga uso de ella bajo su dirección; las labores que realice el trabajador para su empleador, no se harán en nombre propio, sino por cuenta de su empleador; asimismo, el trabajador deberá ejecutar las labores personalmente y no delegarlos a tercera persona, sin autorización previa del empleador.

Las normas relacionadas al contrato individual de trabajo se encuentran en distintos cuerpos legales, tales como la ley de fomento del empleo, la ley de productividad y competitividad laboral y sus respectivos reglamentos, entre otras. La diversa regulación sobre la materia y la exigencia de ciertos requisitos básicos para la elaboración del contrato, evidencian la importancia que representa para el derecho al trabajo, tanto a nivel nacional, como extranjero; lo cual se evidencia en el reconocimiento constitucional y suscripción de tratados internacionales del Perú, donde ubican a este derecho al trabajo como fundamental para toda persona, sin importar su lugar de origen.

Angulo (2018) señala respecto a la relación laboral:

Vínculo jurídico en virtud del cual el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para: 1) normar reglamentariamente las labores y dictar las ordenes necesarias para la ejecución de las mismas, 2) supervisar la prestación del servicio y 3) sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones cargo del trabajador. (p. 114)

De esta manera, el autor expresa el poder de dirección que posee el empleador frente al trabajador, donde el primero tiene plenas facultades para establecer normas que regirán la relación laboral y determinarán las obligaciones que deberá respetar el trabajador durante el tiempo que dure la relación laboral; asimismo, puede en cualquier momento de la relación observar que el trabajador cumpla eficazmente las disposiciones que este le ha planteado y si no lo hiciera con la debida diligencia y eficacia que se espera, podrá establecer sanciones siempre que sean acorde a los límites de proporcionalidad y razonabilidad.

Al respecto, Gerencie (2021) señala que:

Una relación laboral se caracteriza porque el trabajador está sometido al poder de subordinación constante de parte de la empresa o persona que lo contrata, de manera tal que la empresa contratante tiene la facultad de impartir órdenes que el trabajador está obligado a cumplir, siempre y cuando las órdenes se ajusten a la ley y a lo pactado en el contrato de trabajo, sea verbal o escrito.

Lo señalado por el autor nos permite comprender que la relación laboral se trata de una relación contractual que, pese a algunos casos no ser escrita, no significa que no exista, por cuanto, como señala el autor, puede darse por medio de un contrato verbal. Así, el empleador se encontrará obligado frente al trabajador y el trabajador frente al empleador, pese a que no exista un contrato escrito, pero sí una manifestación exteriorizada de las voluntades del empleador y trabajador como partes de la relación laboral.

Toledo (2016) señala que en toda relación laboral debe garantizarse mínimamente el cumplimiento de los derechos fundamentales específicos e inespecíficos, siendo parte de los segundos, el derecho de libertad de expresión y el derecho de libertad de religión, los cuales son integrantes de los derechos de primera generación; pues si es que el empleador u ordenamiento jurídico no protegen estos derechos, tampoco velarán por el debido cumplimiento de los derechos laborales. Por ello, resulta importante y trascendente que el empleador se ocupe de respetar todos los derechos que los aparatos legales nacionales e internacionales recojan, a fin de ejecutar una relación laboral que vaya acorde a Derecho.

Tribbius (2018) en la misma línea de lo comentado anteriormente, señala que:

La relación laboral es aquella por la que los trabajadores prestan voluntariamente sus servicios de forma retributiva por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona que recibe la denominación de empleador o empresario y a la vez es aplicable la regulación establecida en el Estatuto de los Trabajadores.

Es decir, al hablar de relación laboral, se hace referencia a una manifestación libre y voluntaria por parte del empleador de formar parte del equipo del empleador, quien también voluntariamente acepta al trabajador y conforman una relación de trabajo en la que un sujeto (trabajador) otorgará a otro sujeto (empleador), su destreza física y capacidad intelectual para que, siendo organizada y dirigida por él, se destine a lograr los fines de la empresa. En tal sentido, la relación laboral no es aquella que se ejerza sin la voluntad de pertenecer del trabajador, en cuyo caso estaríamos ante una situación de trabajo forzado o esclavitud.

Principio protector

Munita (2016) comenta que se trata de un principio de interpretación, mediante el cual, al presentarse en la realidad cualquier supuesto que implique una discrepancia entre una norma o criterio de igual o distinta jerarquía, deberá preferirse aquella que beneficie en mayor medida las necesidades del trabajador, pese a que implique una condición menos favorable para el empleador.

Debe comentarse además que, este principio surge de la experiencia dada en la realidad en que el trabajador se encuentra en una relación de inferioridad respecto a la otra parte de la relación laboral, el empleador, debido al poder de dirección que ostenta este último en base a su cargo. Es así que, el principio protector surge de la necesidad de no reconocer a empleador y trabajador como iguales y, por tanto, no brindarle la misma protección que al empleador, sino que, resultando una parte de la relación laboral menos privilegiada, se le debe brindar una mayor protección respecto a la otra parte de la relación laboral, pese a que en algunos casos implique una interpretación que perjudique al empleador al presentarse un conflicto de intereses que tenga naturaleza laboral.

Pasco (1994) justifica el surgimiento de este principio de la siguiente manera:

Dentro de las diferencias que se marcan entre la controversia común y la laboral, acaso la más evidente es la múltiple desigualdad jurídica, económica y probatoria que separa a los contendientes en un litigio de trabajo y que hacen de uno -el empleador- la parte fuerte y del otro -el trabajador- la débil. (p. 153)

Es por lo mencionado que, este principio del derecho laboral se ubica como una base teórica para brindar una respuesta a la problemática planteada en el presente trabajo en el marco de una protección adecuada del trabajador que se encuentra en una situación de discriminación indirecta por su edad.

Espinoza (2019) al analizar la naturaleza de la relación laboral, evidencia el papel que desempeña cada una de las partes que conforman la relación laboral y concluye que el trabajador es la parte débil, aquel que posee menos poder frente al empleador, por lo que:

Queda justificada la necesidad de establecer un ordenamiento jurídico propio y especial para garantizar la dignidad y los derechos fundamentales de la persona que trabaja pues las reglas comunes sobre contratación propias del Derecho Civil se construyen sobre un marco de absoluta libertad e igualdad de las partes que no es propia de la relación laboral. (p. 57)

El autor nos explica que el Derecho Laboral se distingue del Derecho Civil, al reconocer que el trabajador se encuentra en una posición de sumisión respecto al empleador y, por tanto, no se pueden establecer normas o regular la relación con normas que ubiquen tanto a trabajador y empleador como iguales. En tal sentido, deberá reconocerse al Derecho Laboral como especial respecto a las demás ramas de derecho y el Principio Protector dará marcha al aparato jurídico para que se interpreten las normas laborales con el mayor beneficio para el trabajador.

Lama (2016) señala que:

El Derecho laboral entiende que la relación empleador-empleado es desigual por esencia. Dejar sólo en manos del mercado que el trabajador “ofrezca” su fuerza de trabajo y que el empleador se la “compre”, es “cosificar” la labor del trabajador y su persona. Este principio hace humanizar la relación de trabajo, busca la igualdad como objetivo final, así la protección es el instrumento para alcanzarlo o aproximarse a él.

El autor comenta que no solo se trata de proteger al trabajador debido a la existencia de principios que lo resguardan al encontrarse en una posición de sumisión frente al empleador en la relación laboral, sino que encuentra justificación en la naturaleza misma del ser humano. Es cognoscible que existe en la sociedad un sector que ejerce un poder mayor frente a otros y, aunque los demás acepten o se sometan a su poder, no significa que este no será juzgado respecto a los actos que cometa indebidamente. Pues, el Derecho que siempre buscará proteger a cada uno de los sujetos, reconociendo a todos por igual y estableciendo límites que todo miembro debe respetar. Por tanto, el principio protector es la expresión de tales hechos en la sociedad e instrumentaliza la idea de que todos en la sociedad son iguales y aquellos que se ubiquen como desiguales, deberán recibir un trato desigual.

Ramírez (2020) sostiene que:

El principio de igualdad jurídica determina que, en los actos privados, los sujetos de derecho se encuentran en un punto equilibrado de igualdad, en donde ninguna de las partes es más que la otra, y ninguno puede exigir del otro nada sin un acuerdo de voluntades. Contrario a ello, el principio protector del derecho laboral favorece a una de las partes: el trabajador.

La autora refuerza la idea que diferencia toda rama del derecho de la rama laboral. Se tiene en cuenta que la regla general es que todo sujeto de derecho desarrolla libremente sus actividades en las mismas condiciones que los demás, donde cada parte es igual respecto a la otra y poseen los mismos derechos y obligaciones, y ninguna posee mayores beneficios o desventajas respecto a la otra; sin embargo, la aplicación del Principio Protector como directriz del Derecho Laboral, implica que al reconocer que el trabajador se encuentra sometido a la voluntad del empleador, el derecho no puede ser ajeno e indiferente ante tal escenario, y debe establecer un ordenamiento jurídico que proteja en mayor medida a este sujeto y no al empleador.

Arellano y Benfeld (2017) sostienen que el campo de protección del derecho al trabajo se ha ampliado debido al reconocimiento que merecen los derechos fundamentales inespecíficos, sumado a los derechos fundamentales específicos que, naturalmente son protegidos. En tal sentido, el Principio Protector no solo limitará su campo a las normas, reglas y procedimientos que se establezcan en Códigos, Leyes y Reglamentos, sino que deberá interpretar a toda fuente de derecho que se promulgue dentro de un determinado ordenamiento jurídico, por cuanto no solo se limita a un nivel legal, sino constitucional y, más aún, fundamental.

Principios de igualdad y de no discriminación

Rabossi (1990) comenta que el principio de no discriminación se trata de un principio de posición negativa respecto al principio de igualdad. Esto no significa que se contrapone al principio de igualdad, sino que, denota el aspecto negativo de este, señalando que consiste en prohibir tratos diferenciados entre los sujetos que se justifiquen en criterios arbitrarios, irrazonables o desproporcionados.

Debe recordarse que, existen situaciones en las que los sujetos no pueden ser tratados de la misma manera, debido a que sus características y capacidades no son idénticas. Por ello, el principio de igualdad, en algunos casos no implicará igualdad, sino, además, atención desigual a los que la necesiten. Por ello, los tratos desiguales pueden ser justificados, sin tratarse de ninguna discriminación; sin embargo, deben ser suficientes y razonables los criterios que llevaron a tal desigualdad en el trato.

En tal sentido, este principio busca que el trabajador no sea tratado de manera desigual o igual siendo desigual sin mediar una causa que justifique suficientemente el accionar del empleador. Por ello es que se reconoce a este principio como base teórica, en el sentido de orientar el presente trabajo a una interpretación acorde a este importante principio.

Barañaño (2016) respecto a este principio-derecho señala lo siguiente:

Como ha sido puesto de relieve, la discriminación forma parte de las actuaciones que resultan prohibidas por parte del Derecho europeo y nacional. Esto da lugar al surgimiento del “Derecho Antidiscriminatorio”, tendente a evitar estas situaciones de discriminación

que los diferentes ordenamientos repelen. Lo que actualmente se conoce como Derecho antidiscriminatorio o Anti-discrimination Law, tiene su origen en Estados Unidos, cuando tras la Segunda Guerra Mundial, las minorías del país salieron a las calles en busca del reconocimiento de sus derechos civiles. El Derecho antidiscriminatorio busca, en definitiva, la igualdad entre todos los grupos que conviven en la sociedad y, en lo que a nosotros nos concierne, la igualdad entre dos grupos concretamente, mujeres y hombres

Esta autora reconoce al derecho a la no discriminación dentro del ordenamiento europeo y español, sin embargo, le otorga una denominación distinta, “Derecho Antidiscriminatorio”, sin embargo, viene a ser lo mismo que conocemos como derecho a la no discriminación. Asimismo, advierte la relación que tiene este derecho con el derecho a la igualdad, por cuanto uno implica una manifestación del otro en un sentido negativo, que busca que no existan actuaciones que en definitiva impliquen un trato desigual entre los miembros que conviven en sociedad, sin importar su étnica, religión, sexo, ideología, etc.

La Organización Internacional del Trabajo (s.f.) respecto a la igualdad en el trabajo ha señalado:

La igualdad en el trabajo significa que todas las personas deben tener las mismas oportunidades para desarrollar plenamente los conocimientos, las calificaciones y las competencias que corresponden a las actividades económicas que desean llevar a cabo. Las medidas para promover la igualdad deben tener en cuenta la diversidad de las culturas, los idiomas, las circunstancias familiares y la capacidad de leer y de realizar cálculos elementales

Por lo mencionado, se logra comprender que la igualdad en el trabajo no solo conlleva una misma retribución para todos los trabajadores que realicen las mismas actividades dentro de una empresa, sino, además, implica que todos los trabajadores tengan la oportunidad de desenvolverse de manera plena en el ámbito laboral, sin intromisiones arbitrarias y puedan afianzar de manera igualitaria sus conocimientos, obtener calificaciones laborales bajo los mismos criterios que los demás trabajadores y poder ejecutar las competencias que poseen. Esto busca dar merecida importancia a la diversidad cultural que existe en cada país y que debe ser comprendida para generar disposiciones que respeten las características de cada cultura, brindando capacitación en el idioma de los trabajadores para permitirles comprender mediante la escucha o la lectura el mensaje y poder analizarla suficientemente.

Bayefsky (2016) señala que “el hecho de no tomar en cuenta diferencias pertinentes o bien el otorgamiento de un trato idéntico a personas desiguales es tan discriminatorio como tratar a personas iguales de manera diferente” (p. 11). Esto hace referencia a los tratos desiguales que se justifican en la desigualdad de las capacidades entre los trabajadores; pues no se le exigirá a una persona que posee cierta deficiencia física a una que no lo posee. Así, resultará claramente discriminatorio la actuación de un empleador si obliga a cada uno de sus trabajadores a desempeñar sus labores bajo las mismas condiciones uno de otros, sin tener en cuenta que hay cierto sector de trabajadores que poseen cualidades diferentes a las de otros.

Ramírez (2020) señala que el principio de igualdad laboral se ubica como uno de los principios laborales más relevantes, siendo, asimismo, uno de aquellos que más demandan los trabajadores. Implica que la remuneración que pague el empleador a cada uno de los trabajadores por el trabajo que ha realizado en un periodo, deberá otorgarse en base a la productividad de cada trabajador y despejar toda influencia arbitraria que implica

discriminación. Es decir, si dos trabajadores desarrollan una actividad productiva igual, no puede darse el caso en uno de ellos reciba un mayor beneficio respecto al otro. Asimismo, la autora menciona que este principio se manifiesta en tres acepciones; la primera de ellas es la igualdad de todo ciudadano ante la ley, en el sentido que cada uno de ellos deberá ser sometido a las mismas leyes; la segunda es la igualdad de trato, referida a que todo ciudadano deberá ostentar los mismos derechos y obligaciones respecto a otros; y la tercera es la igualdad de oportunidades, donde cada sujeto podrá acceder a las mismas oportunidades que poseen los demás.

Euskadi (s.f.) señala que la igualdad entre varones y mujeres hace referencia en todos los casos, a la inexistencia de todo acto discriminatorio que se desarrolle por factores de sexo o relacionado a la orientación sexual del sujeto, ya sea de manera directa (discriminación directa) o indirecta (discriminación indirecta). Por cuanto se presenta en su mayoría en lo referido a la maternidad de la mujer y a la asunción de ejercer obligaciones familiares, en el matrimonio, hogar y cualquier otro ámbito en el que pueda ser parte un acto discriminatorio por las funciones que ejerza la mujer u hombre.

Naciones Unidas (2020) señala que:

En todas las regiones, a las mujeres se les paga menos que a los hombres, con una brecha salarial de género estimada en un 23% a nivel mundial. La igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres y las niñas siguen estancados debido a la persistencia de desigualdades históricas y estructurales en las relaciones de poder entre mujeres y hombres. A su vez, las situaciones de pobreza acrecientan las desigualdades y desventajas en el acceso a recursos y oportunidades para las mujeres.

En suma, a través del estudio realizado por las Naciones Unidas se evidencia que los prejuicios históricos relacionados al sexo de los trabajadores aún siguen vigentes, pues en la mayor parte del territorio global es hombre posee un salario evidentemente mayor al de la mujer. Esto no hace más que generar un estancamiento del desarrollo profesional y estatal tanto de las trabajadoras como del país, y para luchar contra ello, es necesario que el Estado implemente de programas sociales y económicos que tengan como objetivo eliminar esta brecha salarial.

Sánchez y otros (2019) comenta que las mujeres poseen desde hace ya varios años una participación desigual en el ambiente laboral, situación que no se encuentra regulada en una ley, jurisprudencia, doctrina o fuente que se ajuste a la razón, sin embargo, la practica discriminatoria es recurrente y pese al trascurso de los años y evolución de las instituciones jurídicas, este fenómeno no decrece. En su estudio realizado en Ecuador se evidencia que los hombres ganan un salario evidentemente mayor al de las mujeres, pese a que realizan las mismas actividades laborales, es resaltante también el porcentaje de empleabilidad que tiene el sector masculino frente al femenino, por cuanto el cincuenta por ciento de hombres desempeña un trabajo, mientras que solo el treinta por cierto de las mujeres lo hace. Asimismo, el autor sostiene que “No existe ninguna ciudad, ni ninguna provincia donde las mujeres perciban un sueldo igual al que reciben los hombres, esto se debe al machismo que siempre ha existido y existe hasta el presente siglo XXI” (p. 55).

Discriminación indirecta

La Real Academia Española (s.f.) señala que la discriminación es una:

Situación que se produce cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros puedan ocasionar una desventaja particular a personas por motivos de orientación sexual, expresión o identidad de género o pertenencia a grupo familiar en el que todos o alguno de sus componentes sea una persona LGTBI.

Así, la Real Academia Española ubica a la discriminación indirecta como un trato injustificado que se da por razones de orientación sexual que, pese a provenir de una disposición aparentemente neutra, genera tal consecuencia en la realidad.

Entonces, en lo que respecta a la discriminación directa, la indirecta, no se trata de “una situación en la que una persona o grupo de personas recibe un trato diferenciado y perjudicial sobre la base de una categoría sospechosa, la cual es invocada explícitamente como motivo de la distinción o exclusión” (Añón Roig, Citado en Salomé, 2017, p. 261). Es decir, no se trata de una conducta que sea evidenciada de manera manifiesta en la realidad producto de una diferenciación evidente entre dos o más sectores culturales, étnicos, sociales, etc. Sino más bien, se trata de una medida que no hace referencia a las características de un sujeto, pues se aplica indistintamente a todos en la realidad, sin embargo, en la práctica perjudica mayormente a un sector.

Caamaño (2019) comenta que el desarrollo de la discriminación indirecta surgió en el derecho estadounidense a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema (*Griggs vs. Duke Power Co.*; *Dothard vs. Rawlinson*). Pero, fue el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea quien, ha sabido configurar una doctrina relevante sobre esta figura, a través de los pronunciamientos solicitados por los Estados parte. Casos como el asunto *Jenkins y Bilka*, dejaron sentados los criterios mediante los cuales se desarrolla este tipo de discriminación. En tal sentido, afecta a la igualdad de retribución y no discriminación, asimismo, tratan situaciones en las cuales se establece un ambiente laboral más favorable sin condicionarlo a un criterio discriminatorio, sin embargo, el porcentaje de trabajadores que son beneficiados por ese ambiente es considerable respecto a los que no son beneficiados y dicha ventaja no es justificable de manera objetiva (p. 67).

Otro aporte de Caamaño (2019) para esta investigación, es la mención que realiza sobre el principio a la igualdad de retribución; el cual implica el compromiso del Estado debe garantizar a todos los miembros dentro del territorio nacional que ningún ciudadano recibirá retribución distinta a otro que realice las mismas labores, es decir, si un sujeto “A” en su centro de labores realiza una labor de dirección y ejecución de las políticas internas de la empresa y otro sujeto “B” realiza las mismas labores de dirección y ejecución de las políticas internas de la empresa, no es concebible que al sujeto “A” le paguen un diez por ciento más respecto al sujeto “B”, pues ello conllevaría una desigualdad salarial entre ambos y conllevaría la vulneración del citado principio. Asimismo, el autor hace alusión al inciso 3 del artículo 141 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que señala que la igualdad de retribución sin discriminación significa:

- a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;
- b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo. (p. 70)

Pese a lo señalado, el autor refiere que, aunque el presente artículo del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, cumpla con explicar lo que significa la igualdad de retribución, no desarrolla que situaciones pueden implicar la vulneración a este principio, es decir, aunque desarrolle el contenido del principio, no da muestras de aquello que signifique su vulneración. Es el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea a través de su jurisprudencia, el que desarrolla la información faltante y establece que: “el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras prohíbe toda forma de discriminación, la que de acuerdo a sus características y elementos propios ha agrupado en dos clases: discriminación directa y discriminación indirecta” (Caamaño, 2019, p. 70). Por lo que podemos advertir que siempre que exista discriminación directa o indirecta que se traduzca en la diferencia de salario de un sector respecto a otro, nos encontraremos frente a la vulneración del principio de igualdad de retribución.

Blázquez (2018) señala que la discriminación indirecta implica “prácticas o conductas formalmente neutras en las que el sexo no es objeto de consideración inmediata a la hora de adoptar la decisión discriminatoria pero sí que lo es por el impacto adverso que tiene en un colectivo históricamente discriminado” (p. 17). De lo señalado por el autor, puede identificarse dos momentos en la discriminación indirecta, el primer momento vendría a darse cuando se realiza una práctica que, en cuanto a formalidad, es neutra y el sexo o cualquier otro factor no es considerado para constituir un acto discriminatorios; y en segundo momento se trasmite al aplicarse aquella práctica en la realidad y generar un impacto discriminatorio en un colectivo por motivos no justificados.

Olivares (2018) expone la realidad española que normativiza la figura de la discriminación indirecta y, en tal sentido, comenta que la referente a la manifestada a través del sexo se encuentra en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, Para La Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, donde específicamente su artículo 6 hace referencia a la discriminación indirecta como una situación que en apariencia es neutra, pero se identifica que las personas que pertenecen a un determinado sexo poseen una ventaja expresada a través de una serie de beneficios, respecto al otro sexo. Es decir, las personas que pertenecen al sexo “x” podrán gozar de beneficios salariales, sanitarios, educacionales o de otro tipo que no podrán gozas los del sexo “y”. En lo que respecta a la Constitución Española, la autora señala que la discriminación indirecta se encuentra prohibida mediante una interpretación de su artículo 14, por cuanto transgrede los derechos de igualdad y la prohibición de todas las formas de discriminación que tengan como base el sexo de los sujetos. En suma, lo que buscan ambos articulados es hacerle frente a todo tipo de desigualdad retributiva que impliquen una discriminación indirecta debido al sexo de los trabajadores (p. 5).

Por su parte, Diez-Ordás (2019) señala respecto a su estudio realizado sobre la discriminación indirecta, lo siguiente:

En concreto, en las Directivas en materia de igualdad de género se define la “discriminación indirecta” como “la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios. (p. 190)

Lo señalado por el autor es importante porque resalta que no toda diferencia de trato entre los trabajadores de un sexo u otro conlleva la existencia de una discriminación indirecta. Así,

si es que la diferencia de trato se justifica objetivamente en una finalidad legítima y se actúa con medidas adecuadas y necesarias para salvaguardar los derechos del mayor número de sujetos, no estaremos hablando de una discriminación indirecta, sino más bien de un trato diferenciado justificado.

Zaguirre (2019) expone un sector que sufre de discriminación indirecta en la realidad española, se trata de las empleadas del hogar, donde la normativa española referente a este sector supone una protección de derechos laborales y de seguridad social menor a la referente a otros colectivos.

A la vista de las diferencias descritas entre el Sistema Especial de empleadas de hogar y el Régimen General y atendiendo al porcentaje de mujeres al que afecta, podemos afirmar que estas constituyen un supuesto de discriminación indirecta en las condiciones de trabajo y seguridad social. (Zaguirre, 2019, p. 8)

En suma, la autora comenta que el régimen especial establecido para las empleadas del hogar resulta menos ventajoso respecto al Régimen General establecido para el sector que no labora como empleado del hogar y, respecto a las encuestas, sondeos y otros estudios estadísticos para determinar el sector que pertenece al régimen especial, se evidencia que el 89% está constituido por mujeres, lo que implica con base al estudio que realiza, una discriminación indirecta para las empleadas del hogar.

En el Perú, la posición de la jurisprudencia es clara al reconocer la discriminación indirecta. La Sala Segunda del Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente Número 05652-2007-PA/TC menciona que:

En cambio, la discriminación es indirecta cuando ciertas normas jurídicas, políticas y actos del empleador de carácter aparentemente imparcial o neutro tienen efectos desproporcionadamente perjudiciales en gran número de integrantes de un colectivo determinado, sin justificación alguna e independientemente de que éstos cumplan o no los requisitos exigidos para ocupar el puesto de trabajo de que se trate, pues la aplicación de una misma condición, un mismo trato o una misma exigencia no se les exige a todos por igual. Por ejemplo, el supeditar la obtención de un puesto de trabajo al dominio de un idioma en particular cuando la capacidad lingüística no es requisito indispensable para su desempeño es una forma de discriminación indirecta por razón de la nacionalidad o la etnia de origen. (Fundamento 45)

Ahora, respecto a criterios, presupuestos o elementos mediante los cuales se pueda identificar la discriminación indirecta y diferenciarla de la denominada discriminación directa, Doñate (2017) identifica lo que ella denomina elementos relevantes y presenta dos, los cuales son:

- 1) Disposición, criterio o practica aparentemente neutros: este elemento individualiza a la discriminación indirecta respecto a la discriminación directa, pues ubica la diferencia entre ambas al tenerse en cuenta que la indirecta se presenta ante una regla, norma, cláusula o medida que formula el empleador en el uso de sus facultades o por las partes en un contrato colectivo, que, pese a ser aparente neutral, genera consecuencias negativas expresadas en una diferencia de trato entre los trabajadores por pertenecer a un sexo determinado.

2) Poner en desventaja a personas de un sexo: este elemento hace referencia a la proyección real de la disposición aparentemente neutral del empleador para con sus trabajadores, pues aquí ya se ubica la afectación evidente de un gran sector de trabajadores basada en la pertenencia a un determinado sexo, es decir, implica la afectación real de un grupo de trabajadores frente a otro por ser o no de un sexo. Esta desigualdad de trato puede mostrarse a través de beneficios otorgados a unos trabajadores que en su mayoría pertenecen a un determinado sexo o también porque a un determinado sexo se le exigen mayores responsabilidades o requisitos para desempeñar sus labores dentro de la empresa (p. 9).

Ronconi (2018) hace alusión a la intencionalidad que implica la discriminación directa frente a la indirecta y, en ese sentido, sostiene:

En el caso de la discriminación directa existe un efecto buscado, existe la intención de dejar fuera ciertos grupos o individuos. En el caso de la discriminación indirecta es muy posible que no exista la intención de discriminar pero que sin embargo sea el efecto que se logra

Por lo mencionado, la intención será un factor importante de tener en cuanto al identificar una situación de discriminación directa frente a una discriminación indirecta. Además, se concluye de acuerdo a la intencionalidad y la distinción entre ambas concepciones que, pese a que un empleador no tenga la intención de discriminar a los trabajadores mediante las disposiciones que ejerce en el uso de su poder de dirección y producen un efecto desigual e injustificados en los trabajadores, deberá ser identificado con acto discriminatorio indirecta y ordenarse el cese del mismo.

2. Materiales y métodos

2.1. Tipo de investigación

La presente investigación se encuentra dentro de las denominadas investigaciones documentales, teóricas o bibliográficas, debido a que tiene en cuenta el análisis de su objeto de estudio respecto a las bases teóricas y las bases teóricas, las cuales profundizan en los contenidos encontrados en fuentes bibliográficas, tanto en físico como en virtual, ya sea libros, revistas académicas y/o científicas y otros tipos de publicaciones periódicas, tesis y otros materiales escritos. Según, Arias (2012):

La investigación documental es un proceso basado en la búsqueda, recuperación, análisis, crítica e interpretación de datos secundarios, es decir, los obtenidos y registrados por otros investigadores en fuentes documentales: impresas, audiovisuales o electrónicas. Como en toda investigación, el propósito de este diseño es el aporte de nuevos conocimientos. (p. 27)

En relación a lo señalado por el presente autor, en este tipo de investigación no se expone literalmente los datos encontrados en las fuentes bibliográficas, sino que se observan con una mirada reflexiva y, posteriormente, se interpreta en base a ello, con una perspectiva crítica, de tal manera que se generen novedosos conocimientos para futuras investigaciones.

En lo que respecta a Bernal (2010), señala que la investigación documental “consiste en un análisis de la información escrita sobre un determinado tema, con el propósito de establecer relaciones, diferencias, etapas, posturas o estado actual del conocimiento respecto al tema objeto de estudio” (p. 111). En ese sentido, con esta investigación se persigue analizar el objeto de estudio utilizando como principales recursos los documentos como libros, artículos científicos, revistas, entre otros.

2.2. Técnicas e instrumentos de recolección de datos cualitativos

Para la investigación fue necesaria la existencia de un diseño de investigación, para indicar los pasos en los que caminó el autor y todo aquel interesado en lo aquí escrito, por esta razón Tamayo y Tamayo (2001), afirma respecto al diseño de la investigación, que consiste en “el planteamiento de una serie de actividades sucesivas y organizadas que deben adaptarse a las particularidades de cada investigación e indican los pasos y pruebas a efectuar y las técnicas a utilizar para recolectar y analizar los datos” (p. 70).

Por lo mencionado en el párrafo anterior, y considerando que en la presente investigación se ha seguido un diseño de investigación bibliográfico, se describe en las actividades:

- Una clara delimitación del problema de investigación.
- Una exhaustiva revisión sistemática, rigurosa y profunda del material bibliográfico.
- Un análisis y reflexión de la información bibliográfica más relevante, las cuales iluminarán la investigación.
- Elaboración de un bosquejo o esquema de temas, de acuerdo a los objetivos específicos.
- Identificación de los diversos aportes que realizan los autores sobre la materia a estudiar.

3. Resultados y discusión

3.1. Conceptualización de la figura de la discriminación indirecta y criterios para identificarla

Propuesta de definición de la discriminación indirecta

La discriminación, a grosso modo, es tratar de manera desigual a un grupo de personas por las condiciones físicas, culturales, ideológicas, o cualquier otra que ostenten, sin que para ello exista una razón objetiva. En suma, busca excluir a aquellos individuos que no posean las mismas características que tiene el que discrimina, o características que le sean afines. Para citar algunos ejemplos respecto al lado más extremo de la discriminación, tenemos a lo ocurrido durante el apogeo de la ideología nazi en Alemania o el racismo en Estados Unidos y las ciudades del atardecer (Sulbarán, 2020).

Siendo así, es evidente que la discriminación genera consecuencias lesivas a la sociedad y, aunque en la mayoría de casos, como los citados, sea evidente el acto discriminatorio, esto no sucede siempre. Tal es el caso de la figura que nos interesa comentar en el presente artículo, la discriminación indirecta; por cuanto esta se presenta como “camuflada, disimulada o no ostensible” (Elorza, 2010, p. 249). Razones por las cuales merece otorgarle importancia a su estudio, máxime si como se ha comentado anteriormente, genera consecuencias lesivas a la sociedad y, al ser difícilmente cognoscibles, se multiplican en el desconocimiento de los aplicadores del derecho y los trabajadores.

García y Garrigues (Citado en Doñate, 2016) señalan que:

Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados (p. 08).

Blázquez (2018) comenta que la discriminación indirecta implica prácticas o conductas neutras que no implican de manera inmediata un trato desigual respecto a los trabajadores, sin embargo, la aplicación de dicha práctica o conducta, sí genera un efecto adverso para un determinado grupo, quien se ve en una situación de desventaja respecto a otro. Asimismo, señala que abarca todo tipo de prácticas, criterios o medidas que genere un efecto discriminatorio hacía los trabajadores (p. 17). De lo señalado es importante resaltar que, la discriminación indirecta no se agota en la intencionalidad del que imparte una norma o medida dentro del centro laboral, por cuanto en un primer momento esta sería neutra, sin embargo, independientemente de la voluntad del empleador o encargado de aplicar la medida, esta genera un efecto discriminatorio para un grupo de personas.

La Directiva 2006/54/CE sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres (Citada en Zaguirre, 2019) define a la figura de la discriminación indirecta de la siguiente manera:

La situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con

una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios (p. 08)

Lo señalado nos permite hacer un comentario respecto a la diferencia de trato que implica la discriminación, pues, aunque parezca confuso, esta diferencia no siempre implica discriminación. Recuérdese el caso de las cajas en supermercados destinadas a personas con discapacidades o los ascensores de uso exclusivo para personas con discapacidades motoras, en ambos casos, se presenta una diferencia de trato, sin embargo, esta se encuentra justificada en razones objetivas. De ahí que, solo podamos hablar de discriminación si es que el trato desigual no se justifica en razones objetivas, sino en razones subjetivas y antojadizas.

Ahora bien, teniendo en cuenta el sentido más amplio de la discriminación y los comentarios de diversos autores respecto a la modalidad indirecta, corresponde esbozar una propuesta de definición de esta figura que sea de utilidad para la presente investigación. En tal sentido, la discriminación indirecta se define como aquella modalidad discriminatoria que se presenta de manera encubierta, sigilosa, disimulada y, en suma, difícilmente identificable, por cuanto pese a ser una práctica discriminatoria, la disposición que le da origen se presenta de manera neutral, es decir, sin tener, independientemente de la voluntad, el ánimo de discriminar, sin embargo, su puesta en práctica resulta en la discriminación de un sector.

Criterios objetivos para identificar la discriminación indirecta

a) Disposición de carácter neutral:

Este criterio resulta ser una característica propia de la discriminación indirecta, por cuanto, como se ha señalado en el desarrollo de la conceptualización de la figura, esta se presenta de manera discreta, oculta o camuflada que en la práctica tiene un efecto discriminatorio. En tal sentido, como primer criterio para identificar a la discriminación indirecta y diferenciarla de la discriminación directa, debe observarse una disposición por parte del empleador que no tenga como finalidad generar un trato desigual entre los trabajadores. Por ejemplo, solicitar como requisito para acceder a un puesto de trabajo una estatura determinada o una especialidad académica que solo se puede obtener en una universidad o academia de alto costo económico.

b) Que tenga un efecto discriminatorio:

En atención a lo señalado con anterioridad, la discriminación indirecta no se agota en una disposición neutral, por cuanto, de hacerlo no implicaría un trato desigual que afecta al principio de igualdad entre los trabajadores. Pues, esta disposición neutral solo se entenderá discriminatoria si en la puesta en práctica de la misma, genera un efecto discriminatorio para un porcentaje mayor de personas respecto al otros, es decir, resultará discriminatorio si es que, al aplicar la medida neutral, las estadísticas de la puesta en práctica de la medida, arrojan como resultado un desfavorecimiento o impedimento para un grupo humano en específico. Siendo así, para guardar relación con los ejemplos antes citados, será discriminatoria el requisito de una estatura determinada si las personas que acceden a un puesto de trabajo u obtienen un ascenso por parte del empleador, son solo un sector étnico o género; asimismo será discriminatoria la medida de exigir una especialidad académica de alto costo económico, si los que obtienen el beneficio son solo las personas de estratos económicos altos que pueden costearlas.

c) No tenga una justificación objetiva:

Este criterio resulta relevante de tener en cuenta si es que la medida siendo neutral y teniendo un efecto discriminatorio para cierto sector, tiene una justificación objetiva que se orienta a una legitimidad legítima. Así, no será discriminatoria la exigibilidad de una estatura mínima o máxima si es que, para la labor que deba realizarse, las condiciones exigen que sea desarrollada por personas altas o pequeñas; por ejemplo, el acceso a un puesto de trabajo en una minera que, por las condiciones espaciales estrechas, solo puede ser desarrollada por personas de una estatura pequeña y mediana. Asimismo, no resultará discriminatoria la exigibilidad de una especialidad académica, si es que la labor a realizarse necesita de profesionales técnicos que por el nivel económico y educativo de un país no puede obtenerse en él, máxime si las universidades y academias que imparten esa especialidad otorgan becas por el alto nivel académico o las condiciones socioeconómicas de sus alumnos. En ambos ejemplos resulta claro que no existe discriminación indirecta, por cuanto la disposición tiene una justificación objetiva que persigue una finalidad legítima.

Diferencias de la discriminación indirecta respecto a otros tipos de discriminación

a) Discriminación indirecta y discriminación directa

Esta distinción hace referencia a que, mientras la discriminación en su manifestación directa resulta notoria desde la impartición de la disposición, esto no sucede en la manifestación indirecta, por cuanto la disposición reviste un carácter neutral, sin embargo, la puesta en práctica de esta, genera consecuencias discriminatorias.

b) Discriminación indirecta y discriminación por indiferenciación

Entre estos tipos de discriminación existe la diferencia en que, mientras la discriminación por indiferenciación hace referencia al trato igual de personas desiguales que merecen un tratamiento desigual debido a sus características físicas o psicológicas, la discriminación indirecta puede suponer lo mismo, pero con el agregado de ser una disposición neutral que en la práctica resulta discriminatoria, asimismo, la discriminación indirecta podría presentarse como discriminación por diferenciación, que sería lo contrario a la discriminación por indiferenciación.

3.2. Análisis de la figura de la discriminación indirecta en las relaciones laborales en el ordenamiento jurídico peruano

Falta de regulación expresa de la discriminación indirecta

Conforme se ha señalado al inicio de la presente investigación, el ordenamiento jurídico peruano carece de una regulación expresa de la discriminación indirecta que permita a los ciudadanos entender que significa esta figura en un aspecto normativo. Aunado a lo anteriormente señalado, son escasos los trabajos nacionales que analicen el problema de su falta de regulación o la investigación de la figura. Razones por las cuales, es importante realizar investigaciones sobre la materia, máxime si como se ha señalado, ignorar las situaciones que impliquen una discriminación indirecta, implicaría la reiteración de prácticas que traten de manera desigual a cierto grupo de personas, sin mediar una causa razonable u objetiva.

Asimismo, corresponde señalar que, pese a existir un esfuerzo jurisprudencial por identificar la figura de la discriminación indirecta, como el desarrollado por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente Número 05652-2007-PA/TC, cuyos fundamentos fueron mencionados anteriormente, no basta con enunciar una definición de la figura solo a nivel jurisprudencial, pues, si las normas referidas a la discriminación solo se desarrollan en la manifestación directa de esta, existiría una discrepancia entre lo que señala la Ley y la jurisprudencia, por cuanto sancionar una conducta discriminatoria indirecta debería ser regulado por normas especiales sobre ella y, en el caso que ambas sanciones recaigan para ambas manifestaciones, el concepto que establezca la norma, debería dejar claro que se puede manifestar tanto directa como indirectamente.

Para citar algunas disposiciones normativas que tengan como fin prohibir la discriminación en materia laboral en nuestro ordenamiento jurídico tenemos:

Tabla 1

Normas que prohíben la discriminación laboral en el ordenamiento jurídico peruano

Artículo 2.2. de la Constitución Política del Perú	“ Derechos fundamentales de la persona. Artículo 2° .- Toda persona tiene derecho: (...). 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.
Artículo 26 de la Constitución Política del Perú	“ Principios que regulan la relación laboral. Artículo 26° .- En la relación laboral se respetan los siguientes principios: 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación. (...)”.
Artículo 29 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral	“ Artículo 29 .- Es nulo el despido que tenga por motivo: (...); d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole; (...)”.
Artículo 2 de la Ley N° 28983, Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres	“ Artículo 29 .- Es nulo el despido que tenga por motivo: (...); d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole; (...)”.

Nota. Fuente: Constitución Política del Perú, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 y Ley N° 28983, Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

Por lo señalado, es evidente el esfuerzo esgrimido por el legislador peruano en prohibir y sancionar cualquier tipo de práctica que tenga por objeto o resultado trasgredir el principio de igualdad entre los trabajadores. Sin embargo, no se advierte que en la gramática legislativa se haya previsto la concurrencia de una discriminación manifestada de manera indirecta, es decir, no se prohíbe de manera expresa las practicas indirectas de la discriminación; ni mucho menos se presenta una definición de discriminación que englobe tanto al aspecto directo como al indirecto de esta.

Siendo así, es importante señalar que, si bien el texto legislativo no agota todo el contenido de una figura, al menos debería dar pie a que se pueda desprender de su redacción el abarcamiento de las manifestaciones que implica, y no una regla restrictiva que se orienta solo a una manifestación de esta. Para ejemplificar lo referido, basta con poner atención a lo señalado por el artículo 2 de la Ley N° 28983, cuando señala que, se entiende por discriminación todo tipo de trato desigual que tenga por objeto el menoscabo o nulidad del reconocimiento, goce o disfrute de los derechos de las personas en igualdad de oportunidades. Pues lo señalado, implica la idea de que el acto discriminatorio consiste en que quien discrimina tiene la intención de tratar de manera desigual a las personas, es decir, quien impone una disposición o ejecuta una práctica desigual para un grupo de personas, estará discriminándolas, si en el origen de su acción tiene como fin otorgar un trato más beneficioso a cierto sector. Caso contrario sucede si se enfatiza el otro supuesto que establece la citada norma, es decir, que tenga por resultado el menoscabo, pues en dicha situación, si se estaría abarcando la manifestación directa, por cuanto, puede no tener por objeto la discriminación una disposición, sin embargo, en la práctica genera un resultado discriminatorio, es decir, una discriminación indirecta.

Sin perjuicio de lo señalado, aunque la definición de la discriminación desarrollada en el artículo referido en el párrafo anterior abarque una manifestación indirecta, también es cierto que, el cuerpo normativo del artículo está referido a un tipo específico de discriminación, la discriminación por sexo, es decir, entre hombres y mujeres; sin embargo, la discriminación indirecta no solo se desarrolla entre estos grupos humanos, pese a que el desarrollo doctrinario de la discriminación indirecta inició entre esos grupos y la mayoría de estudios actualmente apunten hacia ellos. Por lo que resulta necesaria la incorporación de una definición legislativa que abarque la discriminación por cualquier índole, tanto de manera directa, como indirecta.

Por último, es importante mencionar otra disposición normativa referida a la discriminación indirecta, como es el artículo 25.17 de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, el cual señala como infracción muy grave en materia de relaciones laborales: “La discriminación del trabajador, directa o indirecta, en materia de empleo u ocupación”. Pues, como textualmente se señala en la norma, resulta una infracción muy grave en materia de relaciones laborales la discriminación que realice el empleador contra el trabajador de manera directa o indirecta, lo cual implica una sanción pecuniaria de hasta doscientas unidades impositivas tributarias, conforme establece el inciso a) del artículo 39 de la referida norma. Lo que resulta curioso en esta norma es que, pese a sancionarse como falta muy grave a la discriminación indirecta, no se establece en la misma, la definición o los parámetros mediante los cuales los inspectores identifican a la discriminación indirecta en materia laboral.

Aplicación del principio protector frente a la falta de regulación expresa de la discriminación indirecta

En este apartado resulta menester resaltar la importancia del principio protector para suplir la falta de regulación expresa de la discriminación indirecta. Así, tenemos que, el principio protector persigue dar una interpretación a la norma que se adecúe en mayor medida a beneficiar al trabajador como parte débil de la relación laboral.

Siendo así, teniéndose en cuenta la normativa que existe sobre la discriminación, el principio protector buscará interpretarla en el sentido que no solo proteja al trabajador de las discriminaciones directas, sino también de las indirectas. Lo dicho es importante, porque de

no lograrse una solución legislativa, remitirnos a los principios laborales como el citado parece la alternativa más obvia. Sin embargo, por cuanto se trata de una labor interpretativa, puede prestarse para subjetividades de acuerdo al interprete. Por lo que, pese a la importancia del principio, no llega a proteger, como su propio nombre señala, al trabajador, y, en consecuencia, será necesaria una definición legislativa que contribuya a la exclusión de subjetividades en la identificación de la discriminación indirecta.

Análisis de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (normativa española)

Ahora bien, por todo lo antes mencionado, resulta relevante analizar una normativa que recoja las condiciones que deba tener una definición de discriminación que abarque tanto la manifestación directa como la indirecta o, en su caso, le otorgue un apartado independiente a la discriminación indirecta para denotar la importancia de diferenciarla.

En tal sentido, tenemos a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Esta es un cuerpo legislativo de origen español que propone tanto una definición general que abarca tanto a la discriminación directa como la indirecta y también una explicación específica sobre lo que significa la discriminación indirecta para efectos de dicha Ley. Resulta de especial importancia esta Ley, si es que se tiene en cuenta que, mediante el presente trabajo se propone otorgar una definición legislativa a la figura en cuestión y, para ello, debe recurrirse al derecho comparado que si ha cumplido con esta función.

Los artículos de la Ley que resultan relevantes para analizar son los siguientes:

Tabla 2

Artículos sobre la discriminación indirecta en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

<p>Artículo 3. El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.</p>	<p>El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres: El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil.</p>
<p>Artículo 6. Discriminación directa e indirecta.</p>	<p>1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.</p> <p>2. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha</p>

disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

Nota. Fuente: Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

El artículo 3 de la citada Ley, hace referencia al contenido del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, el cual implica en consecuencia, la ausencia de toda práctica discriminatoria tanto directa como indirecta. Lo señalado ya es novedoso para nuestra legislación, si se tiene en cuenta que no solo se trata de una redacción que deje entrever la presencia de la discriminación indirecta, sino que textualmente reconoce su existencia, lo que resulta importante si es que se desea garantizar de manera integral principios como el de igualdad, no discriminación y, en el caso específico de la Ley, igualdad de trato entre hombres y mujeres.

El artículo 6 de la citada Ley, resulta de importante relevancia, por cuanto en el numeral 2 se le otorga una definición a la discriminación indirecta que va acorde a los criterios objetivos que hemos señalado en el presente trabajo, los cuales son: a) Disposición de carácter neutral; b) Que tenga un efecto discriminatorio; y c) No tenga una justificación objetiva. Lo dicho, no solo otorga una inspiración legislativa que puede tomarse en cuenta para la propuesta legislativa sobre la discriminación indirecta en las relaciones laborales, sino que demuestra la relevancia que le ha otorgado un sistema jurídico a esta figura.

Por todo lo señalado, la norma en análisis debe servir como ejemplo para nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, la labor no debe limitarse, como lo hace la ley española, en la discriminación entre hombres y mujeres, sino que, debe abarcar la discriminación indirecta por cualquier otra índole.

Propuesta Legislativa sobre la Discriminación Indirecta en las relaciones laborales inspirada en la legislación española

Para proponer una definición legislativa sobre la figura de la discriminación indirecta que resulte optima y suficiente para abarcar todas sus características, debe tomarse en cuenta, como punto de partida, lo señalado por la Guía sobre legislación del trabajo de la Organización Internacional del Trabajo por cuanto al brindar una definición de la discriminación señala que debe tenerse en cuenta el uso de determinados verbos para tratar el tema de la discriminación indirecta. Así, deja puertas abiertas a que las definiciones generales sobre la discriminación no deban necesariamente hacer mención explícita a la discriminación indirecta, sin embargo, la redacción de la definición general, debe suponer el reconocimiento de la manifestación indirecta. Esto se logra de la siguiente manera:

El uso de los verbos “que tenga por efecto anular o alterar” es una técnica de redacción destinada a tratar el tema de la discriminación directa e indirecta. A nivel nacional los redactores deben prestar atención a la importancia de preparar textos que incluyan ambas modalidades de discriminación (OIT, 2001).

Así, la característica de tener un efecto discriminatorio estará presente en la definición de la discriminación y dejará de manifiesto la prohibición tanto de una discriminación directa como indirecta.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, existe la posibilidad de no solo brindar una definición amplia de la discriminación que implique a la discriminación indirecta, sino que puede definirse de manera específica para otorgarle merecida importancia y permitir con su definición, identificar los criterios mediante los cuales se evidencie la existencia de la discriminación indirecta.

Así, en atención a la definición que hemos propuesto anteriormente, puede definirse legislativamente a la figura de la discriminación indirecta de la siguiente manera:

Definición de la discriminación indirecta:

La discriminación indirecta es aquella práctica, disposición o criterio aparentemente neutral que genera en su aplicación un trato diferenciado no justificado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Dicha definición es adecuada, por cuanto abarca las formas en que puede originarse la discriminación indirecta, siendo estas la práctica, una disposición o un criterio, pues resulta tan discriminatoria una practica que no necesariamente está contenida en una disposición formal, como un criterio mediante el cual se generan actos discriminatorios o una disposición formalizada que tiene como efecto la discriminación. Asimismo, se señala que, estas formas de manifestación, a diferencia de la discriminación directa, son aparentemente neutrales, pues en sí mismas no resultan discriminatorias, pero en la práctica sí genera un trato desigual no justificado, es decir, parte de un acto neutral, pero los efectos que genera son discriminatorios.

En conclusión, cualquiera de las formas que se ha señalado para incluir a la discriminación indirecta en nuestro ordenamiento jurídico resulta igualmente satisfactorias, por lo que corresponde identificar en que cuerpo legislativo debe agregarse o modificarse la definición que incluya esta figura. Así, tenemos a la Ley N° 26772 por la cual se dispone que las ofertas de empleo no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato y la Ley N° 28806, Ley General de Inspección en el Trabajo que establece como infracción muy grave la discriminación indirecta, sin embargo, olvida dar una definición a la misma.

Respecto a la Ley N° 26772, se advierte que, en el artículo 2 se brinda una definición de lo que consiste la discriminación para efectos de la presente ley, sin embargo, la misma resulta insuficiente para comprender que abarca tanto una manifestación directa como indirecta. De ahí que, estando a que la misma establece la prohibición de tratos discriminatorios en material laboral, le corresponde comprender la definición tanto de la discriminación directa como indirecta. En tal sentido, el artículo menciona lo siguiente:

Artículo 2.- Se entiende por discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato, los requerimientos de personal o acceso a medios de formación técnica o profesional que no se encuentren previstos en la ley que impliquen un trato diferenciado desprovisto de una justificación objetiva y razonable, basado en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión, ascendencia nacional u origen social, condición económica, política, estado civil, edad o de cualquier otra índole.

Debiendo ser modificado, quedando el texto como el siguiente:

Artículo 2.- Se entiende por discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato, los requerimientos de personal o acceso a medios de formación técnica o profesional que no se encuentren previstos en la ley que tenga por efecto un trato diferenciado desprovisto de una justificación objetiva y razonable, basado en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión, ascendencia nacional u origen social, condición económica, política, estado civil, edad o de cualquier otra índole.

En lo que respecta a la Ley N° 28806, Ley General de Inspección en el Trabajo, al haberse identificado las manifestaciones directa e indirecta de la discriminación, corresponde agregar las definiciones de ambas en el artículo 1 referido a las definiciones para la presente Ley. Debiendo agregarse los siguientes apartados:

Discriminación directa: Consiste en el trato diferenciado no justificado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Discriminación indirecta: Es aquella práctica, disposición o criterio aparentemente neutral que genera en su aplicación un trato diferenciado no justificado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

4. Conclusiones

El ordenamiento jurídico peruano carece de una regulación expresa de la discriminación indirecta que permita a los ciudadanos entender que significa esta figura; asimismo, son escasos los trabajos nacionales que analicen su naturaleza y el problema de su falta de regulación.

Existe la comprobada necesidad de desarrollar una serie de preceptos legales que hagan referencia de manera expresa y especializada a la discriminación indirecta recogiendo la posición jurisprudencial peruana y la experiencia internacional en esta materia, a fin de no solo brindar una definición amplia de la discriminación comprensiva de la discriminación indirecta, sino que puede definírsela de manera específica para otorgarle merecida importancia y posibilite identificar los criterios que determinan su existencia.

Se verifica la necesidad de modificar las normas laborales contenidas en la Ley N° 26772, Ley de Igualdad de Oportunidades y de Trato, por la cual se dispone que las ofertas de empleo no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato, así como también en la Ley N° 28806, Ley General de Inspección en el Trabajo, que establece como infracción muy grave la discriminación indirecta, pero que sin embargo olvida dar una definición a la misma.

5. Recomendaciones

Las definiciones y criterios adoptados en el presente trabajo no deben limitarse a su aplicación en las relaciones laborales, estos deben ser aplicados de manera supletoria a las relaciones jurídicas de naturaleza civil, penal, constitucional, administrativa y cualesquiera que requiera su atención, por cuanto, la discriminación indirecta no solo resulta aplicable en atención al principio protector, sino además, del principio de igualdad y no discriminación, cuyo contenido es constitucional y, por regla general, resulta de aplicación para todo el ordenamiento jurídico.

La modificación normativa que se propone debe dar pie a que la jurisprudencia siga desarrollando el contenido de la discriminación indirecta y se genere uniformidad respecto al tema, además, deben ser los órganos jurisdiccionales quienes motiven a que el concepto de la discriminación indirecta sea aplicado a relaciones jurídica no laborales, en aquellos casos donde resulte difícil reconocer la existencia de discriminación por la voluntad del empleador o sujeto discriminador.

En cuanto a los llamados en primera línea para velar por los derechos de los trabajadores, es decir, los fiscalizadores de SUNAFIL, corresponde impartirles capacitaciones sobre del concepto de discriminación indirecta, por cuanto son ellos quienes deben constatar su existencia e imponer las sanciones correspondientes, máxime si conforme a la Carta N° 0123-2021-SUNAFIL/IRE-LAMB/SIAD que da respuesta a la solicitud de información sobre el número de infracciones aplicadas por motivo de discriminación indirecta en la intendencia regional de Lambayeque, se advierte que, no existen las mismas, es decir, pese a existir la infracción muy grave respecto a la discriminación indirecta, las mismas no se aplican, debido al desconocimiento de esta figura.

Referencias

- Angulo, R. (2018). La Ponderación Como Medio de Solución de Equilibrio de Derechos Laborales Entre el Empleador y Trabajador, en Arequipa 2015-2018 [Tesis de pregrado, Universidad Católica de Santa María]. <https://bit.ly/3w7DZ5V>
- Arellano, P., & Benfeld, J. (2017). Reflexiones sobre el principio de protección al trabajador y su influencia en el ámbito sustantivo y procesal del derecho laboral. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 6(2), 3-24. doi:10.5354/0719-2584.2017.46138. <https://bit.ly/3yevRIP>
- Barañano, S. (2016). *La discriminación indirecta por razón de género. Análisis jurídico del concepto en el ordenamiento de la Unión Europea y estatal*. Universidad del País Vasco.
- Bayefsky, A. (2016). El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional. <https://bit.ly/3olagng>
- Blázquez, E. (2018). Los ODS como punto de partida para el fomento de la calidad del empleo femenino. *Dykinson*. <https://bit.ly/2P7VuDj>
- Caamaño Rojo, E. (2019). La discriminación laboral indirecta. *Revista de derecho (Valdivia)*, 12(2). <https://bit.ly/3xfEsUP>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2019). Corte IDH: Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 14: Igualdad y no discriminación. Actualización. <https://bit.ly/32AKeCm>
- Díaz, V. (2017). La discriminación indirecta a mujeres gestantes trabajadoras en el ámbito laboral, en lima metropolitana, año 2017 [tesis de pregrado, Universidad César Vallejo]. Repositorio UCV. <https://bit.ly/32zWsLM>
- Díez-Ordás, E. (2018). Implicaciones laborales en el techo de cristal. *Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 6(4). <https://bit.ly/3elsvV0>
- Doñate, M. (2017). Discriminación indirecta por razón de género en el entorno laboral. Universidad Jaime I. <https://bit.ly/3tGxB4S>
- Espinoza Escobar, J. H. (2019). La interrupción de la prescripción de las acciones laborales y el principio protector. *IUS: Revista De investigación De La Facultad De Derecho*, 8(2), 56-66. <https://doi.org/10.35383/ius.v1i2.275>. <https://bit.ly/2QoYrA1>
- Euskadi.eus (s.f.). El principio de igualdad de trato. Consultado el 17 de mayo de 2021. <https://bit.ly/3w5cycO>
- Gerencie (2021). Relación laboral. <https://bit.ly/3v6ucwZ>
- Guevara Perez, F. C. & Ramirez Garnique, L. P. (2017). Dificultades para acceder a un puesto de trabajo por tener antecedentes penales (Tesis de pregrado). Universidad Santo

- Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, Perú. Recuperado en 26 de setiembre, de: <http://hdl.handle.net/20.500.12423/925>
- Lama Gálvez, T. (2016). Análisis del principio protector del trabajador en la jurisprudencia de la Corte Suprema y Tribunal Constitucional, en el lustro 2010-2015. Universidad de Chile. <https://bit.ly/2Qnw051>
- Mirengi, J. (2018). Cumplimiento de la cuota de empleo y los ajustes razonables de la Ley General de la Persona con Discapacidad en las grandes empresas privadas del distrito de Chiclayo – 2017 (Tesis de pregrado, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, Perú). Recuperado en 26 de setiembre, de: <http://hdl.handle.net/20.500.12423/1498>
- Munita Luco, E. (2016). El principio protector y la regla del in dubio pro operario como criterio de interpretación de la norma laboral. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 5(10), pp. 85-94. doi:10.5354/0719-7551.2016.42585. <https://bit.ly/3weODYn>
- Naciones Unidas (2020). Luchar por la igualdad salarial en el mercado laboral. <https://bit.ly/3eXkR4Z>
- Olivares, I. (2018). Anatomía de la discriminación indirecta en las relaciones laborales: análisis de la brecha salarial. Universidad de la Laguna. <https://bit.ly/3tPmiag>
- Organización Internacional del Trabajo (s.f.). Eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Consultado el 21 de abril de 2021. <https://bit.ly/3gtcMGi>
- Ramírez, J. (2020). Principio protector del derecho laboral. Grupo Verona. <https://bit.ly/3ol9Jlr>
- Real Academia Española (s.f.). Discriminación indirecta. Consultado el 17 de abril de 2021. <https://bit.ly/3hwAFgE>
- Ronconi, Liliana. (2018). Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real. Isonomía, (49), 103-140. <https://bit.ly/3tSxIJN>
- Sánchez, J. & otros (2019). La igualdad de la mujer y el derecho al trabajo en Ecuador. Revista Arbitrada Interdisciplinaria KOINONIA, 5(5), pp. 39-63. <https://bit.ly/3uUbg4k>
- Salomé, L. (2017). La discriminación y algunos de sus calificativos: directa, indirecta, por indiferenciación, interseccional (o múltiple) y estructural. Pensamiento Constitucional, 22(22), 255-290. <https://bit.ly/3gvy9qi>
- Sentencia del Expediente N° 05652-2007-PA/TC (Lima). (06 de noviembre de 2008). Tribunal Constitucional: Segunda Sala. <https://bit.ly/3EWb2OC>
- Toledo, A. (2016). Relación laboral y libertad religiosa [tesis de doctorado, Universitat de Barcelona]. Tesis Doctorals en Xarxa. <https://bit.ly/3uT8VXb>
- Tribbius (2018). ¿Qué es la relación laboral? <https://bit.ly/3eSplJR>

Velaochaga, J. (2018). “La discriminación laboral por razones ideológicas basadas en la limitación del derecho de libertad de religión” (Tesis de pregrado, Universidad de Piura). Recuperado en 01 de octubre de 2020, en <https://hdl.handle.net/11042/3813>

Zaguirre, A. (2019). Empleadas de hogar: un caso evidente de discriminación indirecta. Laboratorio de Alternativas. <https://bit.ly/3dCzpGw>

Anexos

Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente N° 05652-2007-PA/TC.

CARTA N° 0123-2021-SUNAFIL/IRE-LAMB/SIAD, de fecha cuatro de octubre de dos mil veintiuno, emitida por Intendencia Regional de Lambayeque de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral.