

LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, POR ASCENDENCIA NACIONAL Y ETNIA EN EL TRABAJO EN EL URUGUAY

Eduardo Goldstein

Abogado

Magíster en Derecho (2008) y Especialista (2007) en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.
Profesor - Investigador en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social contratado por la Facultad de
Derecho de la Universidad de la República

Miembro activo del Instituto y de la Asociación Uruguaya Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Miembro activo del Grupo de los Miércoles de investigación de Derecho del Trabajo y la Seguridad
Social, fundado por el Profesor Emérito Américo Plá Rodríguez

Autor de artículos y libros de su especialidad en el país y en el extranjero

Conferencista en el país y en el extranjero en su especialidad

Tesista y especialista en el tema discriminación por raza, origen nacional y etnia en las relaciones
laborales

I. INTRODUCCIÓN

1. El trabajador como sujeto de la relación jurídica que traba con el empleador, es una persona dotada de un haz de derechos fundamentales inherentes a su condición de tal.

Dentro del conjunto de los derechos humanos inherentes a la persona señala Ermida Uriarte, hay un número importante de derechos laborales. Esos derechos están supraordenados en la Constitución de la República y en las normas internacionales y por esa razón, se vuelven indisponibles tanto para el legislador, la administración y para el operador jurídico en general.¹

2. Tanto los derechos fundamentales de la persona que abarcan todos los aspectos de su vida, así como los laborales tienen su especial reconocimiento en el Derecho del Trabajo en lo que la doctrina ha dado en llamar la “*ciudadanía en la empresa*” o “*ciudadanía laboral del trabajador*”.

Este aspecto, señala Rosenbaum, comprende una proyección laboral y social más amplia, por la cual al trabajador ha de reconocérsele su derecho a participar individual o colectivamente en todas las manifestaciones del trabajo, y a gozar y ejercer

¹ Cfr. Ermida Uriarte, Oscar en “*Derechos Humanos Laborales en el Derecho Positivo Uruguayo*”, artículo de presentación en Barretto Ghione, Hugo “*Investigación sobre la aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo en el Uruguay*”, OIT Programa Infocus para la Promoción de la Declaración, Proyecto Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo en el contexto de la Conferencia Interamericana de Ministros de la Organización de Estados Americanos, N° 205, pág. 11.

sus derechos fundamentales, que como persona le resultan inherentes a su personalidad humana.²

Ermida Uriarte expresa que este concepto aborda tres aspectos: el primero, aumenta el ámbito de autonomía del trabajador, el segundo, reside en que el trabajador al ser un ciudadano, *"apunta a democratizar ese espacio y dominación que es la empresa, y a cuya extensión y profundización había contribuido el contrato de trabajo, atribuyéndose efectos que excedían en muchos aspectos la esfera de lo jurídicamente disponible"*; y el tercero, consistente en la aparición de nuevos derechos, la extensión o reelaboración de otros y que no son de escasa importancia que le imponen límites al empleador, tales y a vía de ejemplo la libertad de vestimenta, la apariencia física, medidas de control, etc.³

Así en ese ámbito privado que constituye la empresa donde se desarrollan las relaciones laborales, no compone un recinto segregado del respeto, protección y aquellas garantías propias de toda persona por el sólo hecho de ser tal merece.⁴

3. Ha de verse también como destaca Ermida Uriarte, que las relaciones laborales *"son relaciones de poder, con lo cual ofrecen un campo propicio no sólo para la discriminación, sino para potenciar la discriminación, porque esa discriminación que ya nos viene servida desde la vida social, familiar, etc., encuentra la posibilidad de un ejercicio potenciado en una relación de subordinación, entre quien dirige y quien es dirigido"*.⁵

Estas deben desarrollarse dentro de un ámbito de respeto de los valores esenciales tales como la libertad, la dignidad e igualdad de oportunidades, de modo tal de tender a la consecución de un régimen más justo y solidario en las relaciones de capital, producción y trabajo.⁶

Consecuentemente el Derecho del Trabajo no se subsume en la actualidad solamente en la tuitividad tradicional referente a aquellos mínimos derechos emergentes de la relación contractual con el empleador, a los que debemos agregar en el ámbito colectivo a los de la libertad sindical y autotutela, sino que además se inscriben a partir del reconocimiento de la ciudadanía laboral, los derechos fundamentales del trabajador como persona reconocidos tanto por los instrumentos jurídicos internacionales, el *"jus cogens"* y la Constitución de la República.

4. Sobre la base de estos prolegómenos, uno de los grandes problemas relativos a los derechos fundamentales de notoria historicidad y a la vez actualidad mundial no

² Cfr. Rosenbaum Rímolo, Jorge en *"Los derechos fundamentales del trabajo en el nuevo orden económico"*, en Cuadernos PROLAM/USP, año 2, vol. 2, San Pablo, 2003, pág. 42.

³ Cfr. Ermida Uriarte, Oscar en *"Derechos Humanos Laborales..."*, ob. cit. pág. 14.

⁴ Cfr. Caamaño Rojo, Eduardo en *"El Derecho a la no-discriminación en el empleo"*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 1ª edición, Octubre 2005, pág. 1.

⁵ Cfr. Ermida Uriarte, Oscar en *"La mujer en el Derecho del Trabajo. De la protección a la promoción de la igualdad"*. Trabajo publicado en Brasil del que consultado el autor existe una versión menor que no incluye la cita. El puede verse en Ermida Uriarte, Oscar en *"El Derecho laboral y las mujeres: de la protección a la igualdad"*, en *"Normas discriminatorias de las mujeres"*, Cuadernos de la Facultad de Derecho, Tercera Serie N° 10, Montevideo 2003.

⁶ Cfr. Caamaño Rojo, ob. cit. pág. 2.

solamente en su abordaje teórico, sino también en sus efectos pragmáticos, radica en la constante trasgresión a un derecho humano fundamental como sin lugar a dudas constituye el derecho a la “no-discriminación” al que algunos autores califican incluso como “meta derecho”.⁷

Dentro de los cada vez más extendidos motivos de discriminación, se encuentra uno cuyo génesis se podría situar con el mismo origen del ser humano viviendo en sociedad, como sin lugar a vacilaciones ocurre con la discriminación motivada por razones de raza, ascendencia nacional o etnia.

5. Específicamente en el ámbito de las relaciones laborales, éste fenómeno se da en la medida que la empresa constituye un ambiente donde existe una relación de subordinación, en la que como señala Ackerman⁸, “*el trabajador percibe el salario a cambio de su libertad*”, de allí que conforma sin lugar a dudas, un lugar con acentuada potencialidad, proclive y pasible a que se cometan acciones u omisiones de resorte discriminatorio.

6. Evidentemente, como expresa Facio Montejo: “...*Si todos fueran blancos, heterosexuales, cristianos, sin discapacidades, adultos, etc., y todos tuvieran las mismas oportunidades económicas bastaría establecer una lista de derechos de todos estos seres...*”, por lo que quizás el problema de la discriminación no existiría. Pero como advierte la misma autora: “*Es el reconocimiento de la diversidad entre los individuos el que lleva al establecimiento de que se debe gozar de estos derechos sin distinciones por raza, edad, sexo, religión o cualquier otra distinción...*”⁹

7. Nos preguntamos entonces: ¿qué sucede con este fenómeno en el mundo de las relaciones laborales?

En el primer informe global sobre discriminación en el trabajo, de la OIT del 12.05.03, se afirma que la discriminación genera una red de pobreza, trabajo infantil y trabajo forzoso y exclusión social; y agrega que “*la eliminación de la discriminación es indispensable para cualquier estrategia viable tendiente a la reducción de la pobreza y al desarrollo económico sostenible.*”¹⁰ Asimismo agrega que “*la discriminación, no es un acto excepcional, ni aberrante, sino un fenómeno sistémico,*

⁷ De la Torre Martínez, Carlos, sostiene que el derecho a la no –discriminación, se coloca incluso por encima de los demás derechos , dado que su función principal radica en garantizar que todas las personas, sin ningún tipo de diferenciación razonable, puedan ejercer libremente y en igualdad de condiciones, todos los derechos fundamentales. Cfr. “*El desarrollo del derecho a la no discriminación en el Sistema de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*”, en AAVV, Coordinador de la Torre Martínez, Carlos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Consejo Nacional para prevenir la discriminación, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, primera edición, 2006, pág. 124.

⁸ Cfr. Ackerman, Mario, inédito. Nota de apuntes de nuestra autoría en la exposición realizada en la Facultad de Derecho en la Universidad de la República, Escuela de Postgrados, conferencia “*Tres aristas de actualidad en el derecho del trabajo*”, 13 y 14 de Diciembre de 2006.

⁹ Cfr. Facio Montejo, Alda, en “*De que igualdad se trata*” en “*Manual de capacitación*”, en CEDAW, “*Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer*” Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas, ILANUD, 1998.

¹⁰ Cfr. OIT Cfr. “*Primer informe global sobre discriminación en el trabajo*”, 12.05.2003, en sitio web: <http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/newsroom/hechos/discrima.htm>

a menudo intrínseco a la s pautas de funcionamiento de los lugares de trabajo y arraigado en los valores y normas culturales, sociales y dominantes".¹¹

Por consiguiente, el tema de la discriminación en general (y en particular el motivado en la raza, la ascendencia nacional y la etnia) no es ajeno al mundo del trabajo, constituyendo una verdadera patología, cuya profilaxis y extirpación amerita una severa y contundente respuesta entre otras, del ordenamiento jurídico.

II. CONCEPTO DE RAZA, ASCENDENCIA NACIONAL, ETNIA Y DISCRIMINACIÓN

1. La discriminación racial, por origen nacional y etnia es abordado por la casi totalidad de las ciencias sociales amén de las ciencias biológicas.

La biología, la genética (en el caso de la raza), la antropología cultural, la psicología social e individual, la historia, la sociología, la lingüística, la economía y el derecho (abarcando los tres conceptos) han estudiado y tratado de definirlos sin ponerse de acuerdo en un criterio unívoco. En efecto, cada disciplina y dentro de cada una de ellas se parte de posturas teóricas diferentes, en tanto todavía no hay consenso científico en el origen del ser humano estando confrontados los poligenistas (partidarios del origen múltiple y basamento de las teorías discriminatorias), de los monogenistas (adeptos a la unidad del origen de la especie y que explican las diferencias anatómicas y fisiológicas de los hombres, por la acción del medio ambiente y que se modifica con el tiempo).¹²

No obstante se constata modernamente, una tendencia a determinar que los seres humanos, en tanto entidades biológicas, psíquicas y genéticas objetivas, no presentan diferencias que permitan construir un concepto objetivo para catalogarlos como razas.

Asimismo, los autores modernos son contestes en afirmar que la compartimentación o clasificación de los grupos humanos en razas y etnias constituyen construcciones sociales ideológicas que se subsumen en una idea, proveniente de un estado psíquico, influido por circunstancias carentes de racionalidad.¹³

2. Sobre la base de que la discriminación por razones de raza, origen nacional y etnia refieren al problema del trato desigual que un colectivo humano portador de determinadas características fenotípicas debe enfrentar por esas mismas razones, en virtud de constituir una "*minoría*" (noción a la que Carbonell le asigna un carácter analítico e instrumental, la que a pesar de su vaguedad e indeterminación, es una realidad que se constata en las sociedades, "*más allá de las etiquetas que le sean capaces de colgar los teóricos*"¹⁴); se verificará cuando se "*produzca una situación en la cual dos o más grupos humanos de diversa fuerza numérica, económica, cultural o de otro tipo, se presentan como contrapuestos en una comunidad determinada.*

¹¹ Cfr. OIT, "*La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*", Oficina de la OIT, Ginebra, 2007, pág. 9.

¹² Cfr. Bittloch, Eduardo en "*Ciencia, Raza y Racismo en el Siglo XVIII*", en AAVV, Revista "*Ciencia Hoy*", vol. 6, N° 33, Buenos Aires, Marzo-Abril 1996.

¹³ Cfr. Bleger, José, en "*Psicología de la conducta*", Editorial Paidós, Buenos Aires, 1998, págs. 29/31.

¹⁴ Cfr. Carbonell, Miguel en "*Minorías étnico-culturales y derechos colectivos: Premisas conceptuales*", ponencia en "*Derechos Humanos, Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*", AAVV, coordinadores Valdés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo; Universidad Autónoma de México, 2001, pág. 63.

El grupo que tiene la menor fuerza numérica, económica, cultural o de otro tipo será, evidentemente la minoría".¹⁵

A su vez "nacional", proviene de "nación", a la que Aguinis conceptúa como un "conjunto vasto de individuos que comparten su pasado y su futuro en torno a mitos, leyendas y tradiciones que proveen un sólido marco de referencia".¹⁶

En cuanto al concepto de raza, el mismo autor nos proporciona una definición., el mismo autor expresa que: "La raza que como concepto adquirió nefasta potencia, ha llevado a exageraciones y prejuicios, con enrevesados fundamentos que ahora a la ciencia le causan risa. Hoy en día la noción de raza no resulta útil ni a la biología ni a la sociología, porque las diferencias genéticas son mínimas, a menudo despreciables y objeto de una incesante y creciente hibridez. La cultura constituye un factor mucho más importante y decisivo a la hora de determinar la conducta y el estilo de vida de determinado grupo. Con evidente superficialidad se había apelado a rasgos morfológicos externos (color de la piel, tipo de cabello, forma de la nariz, de los párpados de los labios, del cráneo). Pero el análisis genético refuta semejante visión, frívola y miope".¹⁷

3. Una etnia en cambio y a diferencia de los conceptos anteriores, constituye: "una colectividad que se identifica a sí misma y que es identificada por los demás conforme a criterios étnicos, es decir, en función de ciertos elementos comunes tales como el idioma, la religión, la tribu, la nacionalidad o la raza, o una combinación de estos elementos, y que comparte un sentimiento común de identidad con otros miembros del grupo"¹⁸; y finalmente por "discriminación" en su significado lexicográfico, importa una "relación asimétrica entre personas", que implica "un trato de inferioridad y una diferenciación por motivos como la raza o la religión".¹⁹

4. La Comisión de Expertos de la OIT, en su 75º aniversario elaboró un informe referente a la aplicación de los Convenios y Recomendaciones, dirigido por Javillier y coordinado por Otero, donde consideró al término "raza" en un sentido amplio, comprensivo en general de las comunidades lingüísticas o minorías, cuya identidad se basa en características religiosas o culturales, e incluso en la ascendencia nacional, abogando que la diferencia de color es sólo una aunque la característica étnica más obvia que diferencia a los seres humanos.²⁰

Por consiguiente podemos concluir en una inicial aproximación, que "discriminar" engloba un concepto negativo que puede subsumirse en sinónimos tales como segregar,

¹⁵ Cfr. Carbonell, Miguel en "Minorías etno-culturales...", ob. cit. pág. 60.

¹⁶ Cfr. Aguinis, Marcos en "Las redes del odio. Recursos para desactivar la violencia". Editorial Planeta, Buenos Aires, 2003, pág. 76.

¹⁷ Cfr. Aguinis, Marcos en "Las redes del odio...", ob. cit. pág. 75.

¹⁸ Cfr. Stavenhagen, Rodolfo en "Los conflictos étnicos y sus repercusiones en la sociedad internacional", en "Revista Internacional de Ciencias Sociales" N° 157 (UNESCO), Setiembre de 1988.

¹⁹ Cfr. Rodríguez Zepeda, Jesús, en "Definición y concepto de la no-discriminación", en "El cotidiano", Revista Científica, AAVV, Universidad Autónoma Metropolitana, Azcapotzalco, Distrito Federal, México, Noviembre-Diciembre 2005, vol. 21, N° 134, págs. 25-26.

²⁰ Cfr. Thomas, Constante y Hori, Auki, en "Derechos fundamentales en el trabajo y normas internacionales", Capítulo de "Igualdad de oportunidades y trato en el empleo", tema "discriminación", versión castellana del Ministerio de Asuntos Sociales de España, Madrid, 2003, pág. 99 y sgtes.

excluir, diferenciar, apartar una cosa de la otra, distinguir desigualar, etc., a grupos humanos identificados por las características señaladas por la doctrina de la Comisión de Expertos de la OIT reseñada, la que refleja a nuestro entender el sentido lexicográfico y usual que se le da a la expresión.

La discriminación por lo tanto, es resultado de un proceso que disminuye a un grupo de personas en su dignidad humana²¹, y ayuda a crear o a justificar abusos contra este tipo de personas.

Esa dignidad, debe ser respetada por todo el colectivo sin excepciones y salvaguardada fundamentalmente por la comunidad internacional. Ésta tiene el deber supremo de frenar todas las acciones u omisiones que atenten contra la misma, en tanto se trata de un derecho fundamental inherente a la personalidad humana que es anterior y superior a todo reconocimiento de toda norma positiva de cualquier rango, y a la vez es pilar de la paz política y social.

La segregación hace parte de un proceso que incluye prejuicios y estereotipos que han marcado hitos dolorosos para la humanidad, signados por la esclavitud de los negros, por el genocidio de los pueblos amerindios, por el holocausto de los armenios y judíos, por la persecución a los gitanos, por la criminalización a los homosexuales, por la sumisión de las mujeres y por los actuales conflictos culturales de la inmigración.²²

De modo que en la especie humana, importa una situación en la que generalmente una minoría²³ por pertenecer a una condición social distinta a la de la mayoría del colectivo, es objeto de un trato perjudicial y a menudo hostil a causa de prejuicios de diferente origen. En otras palabras, aparece como la contracara del reconocimiento y valorización de las diferencias propias de la naturaleza humana.

Así lo advierte Ferrajoli cuando dice: *"La igualdad en los derechos fundamentales resulta así configurada como el igual derecho de todos a la afirmación y tutela de la propia identidad, en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso a todos los otros y de cada individuo una persona como todas las demás". "...De ello se sigue que las diferentes identidades pueden ser reconocidas y valorizadas en la misma medida en que, partiendo no de la*

²¹ La dignidad para Gonzáles Pérez, Jesús (Cfr. *"La dignidad de la persona"*), Editorial Civitas, Madrid, 1986, pág 112) es la categoría que corresponde al ser humano como ser dotado de inteligencia, libertad, distinto y superior a todo lo creado que comporta un tratamiento acorde a la naturaleza humana. Se trata de un derecho absoluto, que para algunos autores engloba a todo los demás, y es comprensivo de la dignidad de trato, de los derechos a la vida, salud, personalidad, etc.

²² Cfr. Andrade de Souza, Marcelo Gustavo, en *"Prejuicio, estereotipo y discriminación. Un análisis conceptual a partir del caso de la aporofobia"*, Pontificia Universidad de Río de Janeiro, Consejo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico - CNPq, Brasil, Universidad de Valencia, Resumen en sitio web: www.nodo50.org/fredrentabasicas/eventos/simposiorb5/, págs. 8-9.

²³ Para Capotorti, Francesco, en *"Estudio sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Étnicas, Religiosas o Lingüísticas"* una minoría es *"un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un Estado, en situación no dominante, cuyos miembros, súbditos del Estado, poseen desde el punto de vista étnico, religioso o lingüístico unas características que difieren de las del resto de la población y manifiestan incluso de modo implícito un sentimiento de solidaridad al objeto de conservar su cultura, sus tradiciones, su religión o su idioma"*, Naciones Unidas, Nueva York, 1991, citado por en Mariño Menéndez, Fernando M., en *"La Protección Internacional de las Minorías"*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pág. 16.

*declaración de la proclamación de la abstracta igualdad, sino del hecho de que pesan en las relaciones sociales como factores de desigualdad en violación de la norma sobre igualdad, se piensen y elaboren no solo las formulaciones normativas de los derechos, sino también sus garantías de efectividad”.*²⁴

5. Hay también definiciones conceptuales de “discriminación”, emanadas de diferentes instrumentos y documentos de trabajo en el ámbito internacional, así como de los diferentes países que tratan esta problemática ya sea en el ámbito general y/o laboral. A vía enunciativa, transcribiremos las siguientes:

A. El documento de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) “*La hora de la igualdad en el trabajo*”, que contiene el informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, aprobado en la 91ª Conferencia Internacional del Trabajo en Ginebra en Junio de 2003, precisa que: “*Discriminar en el empleo consiste en dispensar a las personas un trato diferente y menos favorable debido a determinados criterios, como el sexo, el color de la piel, la religión, las ideas políticas, o el origen social, sin tomar en consideración los méritos ni las calificaciones necesarias para el puesto de trabajo que se trate*”.²⁵

B. El documento de trabajo “*Así construimos el Uruguay equitativo*”. Primer Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades y Derechos 2007-2001”, del 18 de Setiembre de 2006²⁶, define a la discriminación como: “*...toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se establezca, por motivos de raza, color, linaje, origen nacional, origen étnico, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, incluida la afiliación a un partido o movimiento político, origen social, posición económica, edad, sexo, orientación sexual, identidad de género, estado civil, nacimiento, filiación, estado de salud, discapacidad, o cualquier otra condición social, que tenga por propósito o resultado menoscabar, impedir o anular el reconocimiento, disfrute o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos, libertades y garantías reconocidos a todas las personas*”.

6. Dado un primer paso a partir de las definiciones antes anotadas para aproximarnos a una concepción científica del fenómeno, analizaremos la situación socio-jurídica en nuestro país.

III. LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE RAZA ASCENDENCIA NACIONAL Y ETNIA EN LAS RELACIONES LABORALES EN NUESTRO PAÍS

1. La República Oriental del Uruguay es portadora de una imagen altamente positiva frente al resto de las naciones americanas en cuanto al respeto de la diversidad por razones raciales, étnicas y de origen nacional. Sin embargo, ello no deja de ser más que una simple ficción.

²⁴ Cfr. Ferrajoli, Luigi, en “*Derechos y garantías. La Ley del más débil*”, Editorial Trotta, Madrid, 2001, pág. 76.

²⁵ Cfr. “*La hora de la igualdad en el trabajo*”. “*Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*” 2003, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2003. ISBN 92-2-312871-4. La declaración puede verse también en la página web de la OIT “<http://ilo.org/declaration>”.

²⁶ Editado por el Ministerio de Desarrollo Social y el Instituto Nacional de las Mujeres.

Entre las vastísimas evidencias tanto provenientes de los dictámenes de los organismos internacionales generales y de derechos humanos y los reconocimientos de nuestras propias autoridades²⁷, puede leerse la reciente encuesta organizada por el Observatorio Montevideo de Inclusión Social²⁸, sobre la percepción de la exclusión social y discriminación dirigida por la Organización No Gubernamental (ONG) “El Abrojo”²⁹, la que arrojó como resultado que el 44% opina que es muy o bastante racista y la mayoría (55%) señala que es poco o nada racista.³⁰

La lectura que se hace del dato estadístico aportado, es que casi la mitad de la población encuestada es discriminatoria, aspecto que refleja claramente la presencia del problema en el colectivo nacional.

2. De allí que la discriminación por estos motivos está instalada en nuestra sociedad en general y dentro de ella en las relaciones laborales en particular.

La discriminación por motivos de raza, ascendencia nacional o etnia en el Uruguay puede decirse que es en general “*de costumbre*”, en tanto es irreflexiva y proviene de la creencia y formación socio-cultural del sujeto discriminador. Se trata en gran medida de una actitud silenciosa y automática que se exterioriza mediante una práctica establecida, rutinaria y que opera sin nombrarse.

Segato expresa que se trata de la más frecuente y curiosamente, a pesar de presentarse como la más inocente y bienintencionada, está lejos de ser la más inocua. Esta modalidad de discriminación, muy por el contrario, es la que más víctimas hace a la convivencia diaria.³¹

También puede afirmarse que en materia laboral la discriminación racial en nuestro país es estructural, entendido éste como el referido “*a todos los factores, valores y prácticas que colaboran con la reproducción de la asociación estadística significativa entre raza y clase (definida aquí como la combinación de situación económica e inserción profesional), es decir, todo lo que contribuye para la fijación de las personas no-blancas (y agregamos nosotros pertenecientes a las minorías segregadas), en las posiciones de menor prestigio y autoridad, y en las profesiones menos remuneradas*”.³²

²⁷ Vg. 1350ª reunión del 55º período de sesiones del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas en el marco de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y el 61º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas del 15.03.05.

²⁸ El Observatorio Montevideo de Inclusión Social, es una entidad creada por la administración municipal capitalina, por Resolución No. 5846/04, de 6 de diciembre de 2004. Depende jerárquicamente del Departamento de Descentralización de la Intendencia Municipal de Montevideo y su objetivo es conocer e investigar los fenómenos de exclusión social en la Capital.

²⁹ Fundada el 8 de octubre de 1988. El Instituto de Educación Popular “El Abrojo” es una organización no gubernamental orientada al desarrollo con personería jurídica reconocida por el Ministerio de Educación y Cultura del Uruguay.

³⁰ Encuesta coordinada por el Sociólogo Gustavo Leal. El estudio fue realizado entre Octubre y Diciembre de 2006 en 4.392 hogares de Montevideo, Canelones, Florida y Ciudad del Plata.

³¹ Cfr. Segato, Laura Rita, “*Racismo, discriminación y acciones afirmativas. Herramientas conceptuales*”, Serie antropología, 404, Departamento de Antropología, Universidad de Brasilia, 2006, págs. 6/7.

³² Cfr. Segato, Laura Rita, en “*Racismo, discriminación y acciones afirmativas: Herramientas conceptuales*”, Serie Antropológica N° 404, Universidad de Brasilia, 2006, págs. 6-7.

Examinados los dispositivos del mercado de trabajo, dentro de las variables que operan en él, la raza (entendida en el sentido amplio conforme lo expresado supra en el nral. 4º del capítulo II), aparece como elemento determinante y persistente de la desigualdad. Véase a vía enunciativa y comprobatoria de lo afirmado anteriormente, que en el Uruguay las mujeres de ascendencia afrolatina que se emplean en el servicio doméstico, ronda en el entorno al 31.5%, mientras que las mujeres blancas que prestan labores en el mismo sector oscila en un 17.3%, y ocupa a la mayoría de las trabajadoras indígenas inmigrantes al país en los últimos decenios desde los países andinos.³³

3. En el Uruguay si bien el número y contenido de las disposiciones referentes al tema de la discriminación racial, por origen nacional y etnia son menguadas frente a la de otros países (aunque se constata un avance en la sanción de nuevas disposiciones en estos primeros años del Siglo XXI en comparación con lo ocurrido en el siglo anterior)³⁴, ello se explica tal cual lo hemos señalado supra Nral. 1º del presente capítulo, en tanto el problema no había sido asumido por nuestra sociedad como tal, sino simplemente era visto como algo esporádico y en casos puntuales como sucedió con el problema de los inmigrantes de oriente a fines del Siglo XIX³⁵ y los refugiados en la etapa previa y durante el desarrollo de la segunda guerra mundial.³⁶

Naturalmente que ese contrasentido es relativo, en tanto un país donde la discriminación es aparentemente mínima e invisible, en principio no se necesitaría legislar ni crear herramientas jurídicas frente a otros donde el problema reviste mayor gravedad.

Una segunda conclusión, es que en el Uruguay no se percibía este tipo de discriminación como un problema mayor. Véase que la ley que declara de interés nacional la lucha contra el racismo, la xenofobia y toda otra forma de discriminación es reciente (de 2004) y las modificaciones al Código Penal son de 1989 y 2003, lo que claramente demuestra nuestras afirmaciones desde una perspectiva legislativa.

En otras palabras, en el Uruguay, por más de 40 años no hubo una sola modificación o sanción de normas jurídicas referentes al tratamiento del tema de la discriminación racial, por ascendencia nacional o etnia, aspecto el que a las claras,

³³ Vide Instituto Nacional de Estadística, indicadores socio demográficos en sitio web: www.ine.gub.uy

³⁴ Entre las normas recientemente sancionadas podemos citar a vía enunciativa la Ley N° 17.817 del 06.09.04 que declaró de interés nacional la lucha contra el racismo, la xenofobia y toda forma de discriminación (fue reglamentada por el Decreto N° 156/06 del 30.05.06); la Ley N° 18.076 del 19.12.06 sobre derecho al refugio y refugiados; la Ley N° 16.677 del 29.07.03 que sustituye el Art. 149 del Código Penal en la redacción dada por la Ley N° 16.048 del 16.06.98; el Decreto N° 186/2004 del 08.06.04 que reglamenta el Art. 289 de la Ley N° 15.903 del 10.11.87 y el Art. 412 de la Ley N° 16.736 del 05.01.96 relativas a las infracciones y sanciones en materia laboral que tipifica a la discriminación racial como una falta "muy grave" en el lit. g del Art. 6º, etc.

³⁵ Puede verse Acerenza Prunell, Silvia en "Los siriolibanenses y la Ley de 1890: El racismo como poder de la política inmigratoria" en "Anuario Antropología Social y Cultural del Uruguay 2004-2005", AAVV, compilado y editado por Sonia Romero Gorski, Facultad de Humanidades Ciencias de la Comunicación, Universidad de la República, Montevideo, 2005.

³⁶ Puede verse al respecto: Facal Santiago, Silvia en "Política inmigratoria de puertas cerradas. Uruguay frente a la llegada de refugiados españoles y judíos alemanes", en Revista Complutense, vol. 168, Madrid, 2002. Feldman, Miguel: "Tiempos difíciles. Inmigrantes judíos en el Uruguay 1933-1945", Tesis Doctoral, Facultad de Humanidades, Universidad de la República, Montevideo, 2001.

desde la perspectiva de la política legislativa, demuestra que el problema no era percibido como tal, pese a que como veremos más adelante existió.

4. Pese a la insuficiencia de normas positivas en la materia, Mantero de San Vicente, siguiendo las enseñanzas del constitucionalista Real (Alberto Ramón), expresa que el Art. 72 de la Constitución de la República es de gran trascendencia, en tanto pone en evidencia el papel que juegan los Principios Generales del Derecho.

Sobre la base de los estudios académicos que se realizan desde mediados del Siglo XX, la jurisprudencia comenzó a aplicar el régimen de los derechos fundamentales que no aparecen mencionados expresamente ni en la Carta Magna ni en las leyes ordinarias³⁷, entre los que situamos el derecho a la *no-discriminación*.

Como enseña Barbagelata, esa disposición incorpora al bloque de constitucionalidad las normas sobre derechos humanos, originadas en fuentes de Derecho Internacional. De esa manera, las declaraciones, tratados, convenios y demás instrumentos internacionales sobre derechos humanos, adquieren jerarquía constitucional³⁸ y por tanto, constituyen derecho en nuestro ordenamiento jurídico.

5. La aplicación del derecho fundamental de *no-discriminación* en las relaciones laborales -señala Mantero de San Vicente-, se reveló frente al empleador, entre otros, en los principios de igual salario para hombres y mujeres antes de que fuera regulado por ley, en el derecho a la negociación colectiva (que en su concepto no aparece claro en la Constitución) y la protección de derechos personalísimos del trabajador (nombre, imagen, etc.).

Asimismo y en forma complementaria el Art. 332 de la Carta refuerza el principio de aplicación inmediata de los derechos reconocidos por la Constitución, atento a que quien deba cumplirlos (el Estado, los magistrados, las diferentes administraciones públicas, etc.) debe, en caso de lagunas, colmarla ante la omisión del legislador.

Lo expuesto no sólo se emplea cuando el texto constitucional reconoce derechos, sino también cuando atribuye facultades o impone deberes a las autoridades públicas. De allí que aquellos derechos sociales que suponen libertades, implican una clara e incontrastable actitud abstencionista del Estado. Pero a la vez, aquellos que importan una actitud positiva, un hacer del Estado que aparece como sujeto pasivo de la obligación, debe ser cumplida.³⁹

6. No obstante y a pesar de la existencia de la normativa protectora del derecho a la *no-discriminación* en el más alto rango en la pirámide del ordenamiento jurídico, la realidad laboral uruguaya demuestra la constante existencia de conductas discriminatorias.

Mantero de San Vicente expresa que la segregación y la consecuente exclusión social se dan con intensidad en una sociedad que hasta hace pocas décadas era

³⁷ Cfr. Mantero de San Vicente Osvaldo, en "*Derecho del Trabajo y Derechos Humanos Fundamentales*" en rev. Der. Lab. N° 211, Montevideo, 2003, págs. 437 y 438.

³⁸ Cfr. Barbagelata, Héctor Hugo en "*El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales*", en rev. Der. Lab. N° 214, Montevideo, 2004, pág. 213 y sgtes.

³⁹ Cfr. Mantero de San Vicente, Osvaldo en "*Derecho del Trabajo y Derechos Humanos...*", ob. cit. pág. 439.

considerada como muy integrada⁴⁰, y -agregamos nosotros-, como la más igualitaria dentro de América Latina.

En la comunidad uruguaya no existía una marcada diferenciación por motivos raciales, religiosos, culturales, aunque siempre se discriminó fundamentalmente contra las mujeres y las personas negras. En igual sentido se expresa Barretto en cuanto apunta como comentario de su investigación sobre la aplicación de los principios fundamentales en el trabajo en el Uruguay, que la discriminación y las prácticas desfavorables hacia las personas de raza negra, se manifiestan fundamentalmente en los indicadores de los niveles de desempleo y desigualdad en las remuneraciones, lo que también ocurre con los discapacitados, situaciones que continúan siendo un tema abierto.

Si bien se han logrado algunos avances, el autor concluye que el ordenamiento jurídico uruguayo adolece de debilidades y críticas, amén de imprevisión en las políticas públicas en la materia, y el exiguo acceso a la justicia de las víctimas de esos tratos.⁴¹

7. En síntesis, el Uruguay, pese a que el imaginario colectivo cree que es una sociedad integrada social y culturalmente, discrimina y uno de los ámbitos donde más se manifiesta es en el de las relaciones laborales.⁴²

Esos fenómenos de discriminación, afectan el acceso al empleo, las condiciones de trabajo y la estabilidad, pues los negros y amerindios no pueden acceder en igualdad de condiciones que los blancos a trabajos poco calificados en el sector industrial, tienen serias dificultades para insertarse en el área de servicios y no son tenidos en cuenta, salvo escasas excepciones, para aquellos puestos de trabajo que significan la primera imagen y trato directo con el público.⁴³

Esa modalidad de discriminación aparece como irremediable consecuencia las escasas perspectivas de movilidad, ascenso cultural, social y económico, lo que redundará en un nivel y calidad de vida diezmado y marcado por carencias en el acceso a la instrucción, atención médica, confort, etc., cuando no a los insumos, servicios y niveles básicos para una vida digna.

A estas formas que existen desde antaño, se le añaden estas nuevas como el caso de los extranjeros, fundamentalmente los inmigrantes por razones económicas de otras partes de América, en su mayoría indígenas provenientes de los países andinos que se emplean en la mayoría de los casos los hombres en la pesca y las mujeres en el servicio doméstico.⁴⁴

⁴⁰ Cfr. Mantero de San Vicente en "*Derecho del Trabajo y Derechos Humanos...*", ob. cit. págs. 456/457.

⁴¹ Cfr. Barretto Ghione, Hugo en ob. cit. págs. 56 y sgtes. y 72/73.

⁴² Vide las expresiones de las delegadas Zou y Mac Dougall en la 1350ª reunión del 55º período de sesiones del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas en el marco de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, realizada en Ginebra el 12.08.99.

⁴³ Cfr. Mantero de San Vicente, Osvaldo y Henderson, Humberto, citando expresiones de Javier Lasida, Gerente del Proyecto de Capacitación para la Inserción Laboral del Instituto Nacional de la Juventud. Ministerio de Educación y Cultura, en rev. Der. Lab. n° 187, Montevideo 1997, págs. 577/578.

⁴⁴ Vide De los Campos, Hugo y Paulo, Laura en "*La inmigración andina al Uruguay*", estudio realizado en la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de la República, con el apoyo de la Organización Internacional de las Migraciones, en sitio web: www.rau.edu.uy/fcs/taurapaulo/migraciónandina, págs. 18, 19, 21 y 23.

IV. REFLEXIONES FINALES, CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

1. Existe un derecho a la *no-discriminación*, que integra el elenco de los derechos humanos fundamentales, inherentes a la personalidad humana, irrenunciables e imprescriptibles, anteriores y superiores a cualquier norma positiva, que forman parte del *jus cogens*. Todo ser humano que habita el universo tiene el supremo derecho por su condición de tal e independientemente del color de su piel, ascendencia nacional o etnia, a no ser discriminado por estas características, en tanto esta conducta prohibida lesiona su dignidad y condiciones personales y sociales.

2. Específicamente en el ámbito laboral, la presencia del fenómeno de la discriminación por los motivos señalados en el numeral que antecede, es un hecho social comprobado y que existe en diversas manifestaciones ya sean activas o pasivas, en las diferentes etapas de la vida laboral y que van desde la etapa previa de selección y postulación a una oferta de trabajo, hasta luego de la extinción del vínculo, pasando naturalmente por la fase de su desarrollo y vigencia.

Incluso nos atrevemos a afirmar que la brecha de desigualación por estas razones, en vez de angostarse es cada vez más ancha, pues siguen apareciendo nuevas manifestaciones de segregación.

Como claro ejemplo de esto último podemos mencionar en nuestro país, el caso de la discriminación horizontal entre los propios compañeros de trabajo, en el que se denotan conductas xenófobas frente a trabajadores extranjeros provenientes de otros países o etnias diferentes, como el caso de los trabajadores autóctonos andinos.

Debe tenerse presente que toda discriminación produce efectos negativos en las víctimas de esas conductas, en tanto las descalifica en sus posibilidades de insertarse en el mercado de trabajo y las desmotiva cuando se encuentran en una relación vigente, provocando paralelamente su bajo rendimiento, atento a la tensión que la misma sufre por esa razón.⁴⁵

3. Las conductas discriminatorias no requieren intención o finalidad.

No hace falta que el agente agresor (el empresario, el Estado, el compañero de trabajo, el subordinado, etc.) exteriorice una voluntad de humillar o despreciar a la víctima, pues basta que se atente contra la dignidad de una persona, para que ésta se configure. Si objetivamente se menoscaba el respeto debido a la condición humana, es irrelevante la intencionalidad del agente.

4. Resulta irrelevante también, la voluntad de la persona afectada. En la medida en que el derecho fundamental a la *no-discriminación* constituye un valor supremo que es anterior y a la vez informador del ordenamiento jurídico, se impone incontestablemente cualquiera fuera la actitud (activa o pasiva) del sujeto cuya dignidad se vulnera. De allí que, incluso en aquellos casos en que el sujeto acepte libremente, expresa o tácitamente, el trato discriminatorio del sujeto agresor, inclusive en la hipótesis de que se considere no agredido o acate la ignominia de la que es objeto, eso no altera en un solo ápice la calificación de la conducta antijurídica quebrantadora de la dignidad.

⁴⁵ Cfr. OIT “*La igualdad en el trabajo...*”, ob. cit. pág. 10.

5. Cada caso debe ser analizado con extrema meticulosidad. Todo acto que se presume que pueda encubrir una motivación discriminatoria, deberá examinarse atendiendo el escenario donde el mismo se produce (entre otros, características y valores del ambiente del lugar de trabajo donde se produce, particularidades personales, culturales y sociales del sujeto agresor y agredido, posición jerárquica entre ambos, si mediaron motivos de provocación por parte de la víctima, etc.). Lo expuesto, a fin de comprobar si esa presunta conducta antidiscriminatoria colisiona con el derecho a no ser discriminado.

6. La discriminación antijurídica, es nociva y perjudicial, no solamente para los sectores sociales víctimas de esa segregación, sino que trasunta en una "purulencia", que afecta la convivencia de la sociedad en un Estado democrático.

Amen de revestir el carácter de grave, la persistencia en el ámbito laboral, agudiza –al decir de la OIT–, la pobreza y exclusión social.⁴⁶

7. Existen normas jurídicas internacionales y constitucionales que combaten y proscriben ese flagelo. De allí que como afirma Risso Ferrand debemos "*tomar conciencia, en la comunidad jurídica (en las Universidades, jueces y abogados), de la diferencia entre el concepto de "desigualdad de trato" (que refiere a violaciones al principio de igualdad) de los casos de "discriminación" (que consisten en casos de desigualdad de trato pero motivados en causas especialmente repudiables, graves e inaceptables, tales como ideas políticas, creencias religiosas, orígenes étnicos, raza, sexo, preferencias sexuales, posición social, etc.).*"⁴⁷

8. En caso de duda, debe protegerse el derecho humano fundamental lesionado y por ende ampararse al trabajador afectado por motivos discriminatorios en atención a su raza, origen nacional o etnia.

9. Más allá de las soluciones legales fundadas en la autoejecutabilidad de las normas y principios supranacionales que ingresan en nuestro ordenamiento jurídico a través del bloque de constitucionalidad, y las aplicaciones legales analógicas que para el ejercicio y efectividad del derecho humano fundamental en estudio se puedan aplicar ante el vacío legal, participamos de la idea que para disipar cualquier debate jurídico que tienda a trabar, frenar y aún desautorizar los remedios propuestos, es necesario legislar en el tema, tanto en la faz sustantiva, como procesal. No obstante, la negociación colectiva (herramienta de entidad prevista por el Convenio Internacional n° 111 de la OIT como medio idóneo para batallar y extirpar la discriminación en general), constituye un mecanismo apropiado para superar los tratos desemejantes de y entre los trabajadores ya sea en un país, una región, una rama de actividad o en una empresa.

Las cláusulas normativas que impidan la discriminación y las obligacionales que establezcan políticas y prácticas bipartitas encaminadas a garantizar y efectivizar por intermedio de acciones positivas, la igualdad de trato y oportunidades de todos

⁴⁶ Cfr. OIT "*La igualdad en el trabajo...*", ob. cit. pág. 10.

⁴⁷ Cfr. Risso Ferrand, Martín en "*Discriminación contra la mujer*", Área Académica de Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Universidad Católica, Dámaso Antonio Larrañaga, Facultad de Derecho, pág. 5.

los trabajadores con independencia de su raza, el origen o la nacionalidad y la etnia, constituyen una vía acertada y plausible para erradicar este mal social.

También y en la misma ruta, dentro de la responsabilidad social de la empresa, los códigos de conducta se erigen como otro mecanismo relevante a partir de la inclusión de las cláusulas antidiscriminatorias.

10. El Estado también juega un rol fundamental, en la medida que las normas internacionales protectoras del derecho fundamental a la no-discriminación, lo obligan a adoptar políticas y sancionar normas legislativas que instauren y dispensen la aplicación de medidas de discriminación positiva, guardando cohesión y armonía con los tratados y normas de Derecho Internacional y la Constitución de la República.

Paralelamente y sin perjuicio de adoptar y poner en práctica medidas de acción afirmativa (que son siempre temporales y a corto plazo), dado que no alcanza con sancionar normas que prohíban la discriminación para extirpar el problema, deben aplicarse políticas de mediano y largo plazo tendientes a integrar a los sectores afectados al resto de la sociedad, sensibilizando y encauzando al resto de la sociedad.

11. Si bien en el decurso de los primeros años de este siglo a nivel normativo e institucional se han producido avances en el tema, queda un largo camino por recorrer.

El problema, que proviene de la época de la colonia, que siempre existió y que la conciencia nacional nunca admitió como tal, salvo en épocas particulares de la historia del país, está presente. Prueba cabal y objetiva de nuestros dichos, son los resultados que recogen, entre otros, las estadísticas traídas a colación en el Capítulo III.

Por eso no alcanza solamente con la adopción de soluciones legislativas paliativas o represoras contra las actitudes y conductas discriminatorias.

Paralelamente a la aplicación práctica de las acciones positivas, debemos enfrentar el problema como postula Mangarelli, a través de la cultura y educación en los distintos niveles y ámbitos.⁴⁸

12. En la medida, en que haya un sujeto discriminado ya sea en su presentación como candidato a un puesto laboral, ya sea en el lugar de trabajo o en su estabilidad en el empleo en razón de su color de piel, ascendencia nacional o etnia, y que por ese motivo se afecte no sólo la posibilidad de ganarse un sustento (en el primer caso), o a su fuente de supervivencia personal y familiar (en los siguientes), sino también su dignidad y derecho a desarrollarse como persona en una actividad productiva en beneficio propio y de la sociedad de la que es miembro, el foro no podrá alegar la carencia o inexistencia de medios jurídicos sustantivos y procesales de tutela frente a esta situación.

Basta que los sujetos damnificados (en muchos casos por centurias), adquieran conciencia de sus derechos y se atrevan a hacerlos valer ante los órganos administrativos y judiciales a quienes compete tomar cartas en el asunto y que los operadores jurídicos consideren el problema seriamente con los instrumentos que el ordenamiento jurídico provee, para que los primeros fallos comiencen a darse.

⁴⁸ Cfr. Mangarelli, Cristina en *"Mujer y trabajo. Incidencia de las normas culturales en la persistencia de la desigualdad"*, en rev. Der. Lab. N° 193, Montevideo, Enero-Marzo, 1999, pág. 137.

Aunque parezca de Perogrullo, ningún tribunal podrá alegar la inexistencia de normas jurídicas que protejan esta situación. Más aún los mecanismos clásicos y tradicionales existentes en la disciplina, que brindan soluciones economicistas, no sólo resultan insuficientes para revertir esa situación, sino que además, más que facilitar el ejercicio de la acción a la víctima, aparecen como un verdadero freno como ocurre con la carga de la prueba.

De allí que ningún empresario debe menoscabar y discriminar a ningún trabajador por su raza, ascendencia nacional o etnia, por lo que de hacerlo deberá no solamente resarcir a la víctima con los daños y perjuicios materiales y morales irrogados, sino en caso de despido, restituirlo. Esa es a nuestro juicio, la única forma justa de reparar el ilícito cometido en esta circunstancia.

Asimismo, en el caso en que uno o varios compañeros de trabajo discriminen a uno o varios de sus pares o a un superior por las mismas razones, se impone en nuestra opinión por parte del empleador, la imposición de la máxima sanción contra el o los sujetos responsables, es decir, el despido por la causal "*notoria mala conducta*". Está drástica solución se acompasa a nuestro entender con la gravedad de una inconducta, que atenta contra un derecho humano fundamental de primer orden y básico en cualquier ámbito de convivencia, del que la empresa no es ajeno.

13. Coincidentemente, el 2007 en el Uruguay y en Europa ha sido definido como el año de integración de la equidad racial, lo que constituye un gran avance en el tema. No obstante, esas declaraciones no deben (valga la expresión) "*morir en el intento*", sino que deben plasmarse y concretarse en políticas y normas jurídicas positivas claras.

En nuestro país resulta indispensable legislar, porque siempre es conveniente contar con disposiciones concretas que disipen dudas y construcciones jurídicas que suscitan fundados debates académicos, pero que no otorgan resultados prácticos e inmediatos a los justiciables.

14. En el ámbito de las relaciones laborales, las áreas de gestión de los recursos humanos en las empresas juegan también un rol fundamental para paliar la problemática, mediante la asunción de políticas dirigidas a promover la igualdad de trato y oportunidades, proscribiendo cualquier distinción arbitraria.

En esa dirección no sólo se favorecerá la situación del trabajador, sino de la misma empresa, logrando mayor eficiencia y provecho.⁴⁹

⁴⁹ Cfr. OIT "*La igualdad en el trabajo...*", ob. cit. pág. 10.

