

La calificación ocupacional de buena fe

José Balta Varillas

Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (marzo 1996 - hoy)
en diversos cursos electivos de Derecho del Trabajo. Asociado de la SPDTSS.

Sumario

1. Introducción. 2. Aspectos generales. 3. El Convenio No. 111 de la Organización Internacional del Trabajo. 4. El criterio adoptado en los Estados Unidos de América. 5. Los criterios adoptados por otras legislaciones occidentales. 5.1. España. 5.2. Inglaterra. 5.3 La Comunidad Económica Europea. 6. La legislación interna peruana. 7. Conclusiones. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN¹

La prohibición de no discriminar sobre la base de uno de los motivos constitucional o legalmente prohibidos, no es absoluta. Admite excepciones.

El mandato de no discriminación, para utilizar la expresión de Rodríguez-Piñero y Fernández López², no es otra cosa que una prohibición de tomar en cuenta uno de los motivos prohibidos³ para afectar de manera negativa el empleo de una persona. Así, tanto para las personas que postulan a un empleo como para las

¹ En este artículo se citan muchos textos traducidos libremente del inglés al español, por lo que las traducciones podrían no ser del todo exactas. Asimismo, y con el único propósito de facilitar su lectura, en estos mismos textos también se han omitido algunas notas a pie de página y citas internas.

² RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda. Igualdad y Discriminación. Tecnos, Madrid, 1986.

³ La expresión "motivos prohibidos" es utilizada en este artículo para hacer referencia a las razones que son listadas por las normas constitucionales y/o legales como factores prohibidos de diferenciación. Con contadísimas excepciones, es un regla universal el asociar al acto discriminatorio con los motivo específicos de diferenciación.

que ya lo tienen, la obligación impuesta al empleador se reduce a considerar a tales personas al margen de los motivos prohibidos –sexo, raza, religión, etc.–. Dicho de otro modo, el mandato de no discriminación no impide al empleador establecer las diferencias que le parezcan más convenientes; únicamente le prohíbe establecer diferencias que se basen en uno de los motivos prohibidos. Así, el empleador puede inclusive adoptar decisiones que sean injustas o incluso arbitrarias; lo único que le está vedado es tener en cuenta uno de los motivos prohibidos.

Este concepto general se aplica por igual tanto a la discriminación directa como a la indirecta. En el caso de la discriminación directa, el empleador simplemente no podrá utilizar uno de los motivos prohibidos para afectar el empleo de un trabajador o de un postulante a un empleo. En el caso de la discriminación indirecta, el empleador estará impedido de adoptar criterios de selección neutros –es decir, que se aplican a todos por igual– que no se encuentran justificados por las necesidades del negocio y que tienen por efecto afectar a uno de los grupos protegidos mucho más que a otro, siempre en función de los motivos prohibidos.

En este contexto, el presente artículo se restringe al ámbito de la discriminación directa y, específicamente, se limita a abordar su excepción más conocida: la calificación ocupacional de buena fe⁴. Con este propósito, haremos una breve introducción inicial acerca de la calificación ocupacional de buena fe, para luego pasar a reseñar los aspectos más importantes de su tratamiento en diversos ordenamientos jurídicos. El conocimiento de tales ordenamientos en esta materia nos permitirá extraer algunos criterios acerca de la forma en la que suele aplicarse e interpretarse la excepción materia de este artículo.

⁴ Esta, sin embargo, no es la única excepción. Por ejemplo, la Organización Internacional del Trabajo reconoce otras dos excepciones válidas: las medidas que puedan estar justificadas por la protección de la seguridad del Estado y las que tengan el carácter de medidas de protección o asistencia, que a su vez comprenden tanto a las previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo como a las especiales definidas como no discriminatorias previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores que tengan por finalidad satisfacer las necesidades particulares de personas a las que generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial. Ver Igualdad en el Empleo y la Ocupación. Estudio General de las Memorias Relativas al Convenio (núm. 111) y a la Recomendación (núm. 111) sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación), 1958. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, página 145.

2. ASPECTOS GENERALES

Seguramente todos compartimos la idea de que la utilización de los motivos prohibidos no debería tener cabida en las relaciones laborales. Así, en la actualidad es un principio aceptado de manera mayoritaria –sino unánime– que tales motivos no deberían servir de sustento para que un empleador adopte ciertas decisiones que perjudiquen en el empleo a los trabajadores o a los postulantes a un empleo.

Sin embargo, un análisis minucioso y más detenido puede llevarnos a una conclusión distinta respecto de ciertos casos particulares. Así, por ejemplo, suena razonable que un empleador pueda prescindir de los hombres cuando busca modelos para ropa femenina; o que otro empleador pueda buscar sólo personas de determinado color de piel para personificar en una determinada obra teatral a cierto líder histórico.

No todos los casos, sin embargo, son igualmente claros. Por ejemplo, puede un Colegio administrado por la Iglesia Católica decidir contratar profesores de matemáticas que profesen sólo la religión católica?; puede un chifa contratar únicamente personas de ascendencia china para desempeñarse como mozos y anfitriones?

De esta primera aproximación, pareciera que pueden extraerse por lo menos dos conclusiones. Primero, que es forzoso admitir la existencia misma de la excepción, pues existen casos y circunstancias en las que ella claramente se justifica. Segundo, que debe hacerse lo posible por restringir la extensión de la excepción lo más posible, a fin de evitar que a través de ella pierda sentido la regla de la no discriminación.

Así, pareciera ser que el sustento de la Calificación Ocupacional de Buena Fe “(...) reside en la fijación de un punto de equilibrio entre principios jurídicamente tutelados (...) el de no discriminación y el de libertad empresarial. La prohibición de discriminaciones en el empleo pretende que el sexo no sea un factor en la em-

presa, salvo en las estrictas circunstancias en que es necesario para la actividad de la empresa”⁵.

Precisamente por ello, casi todas las legislaciones sobre discriminación en el empleo han establecido los casos en los cuales un empleador puede válidamente tomar en cuenta alguno de los motivos prohibidos; es decir, los casos en los cuales dichos motivos constituyen una calificación ocupacional de buena fe⁶. Estos criterios, por cierto, varían de país en país, como veremos más adelante.

Como punto de partida, debe señalarse que la calificación ocupacional de buena fe es una defensa frente a una acusación de haber discriminado de manera directa a un trabajador. Así, para esta excepción pueda ser argumentada por el empleador en su defensa, es necesario que de manera previa haya admitido que tomó en cuenta alguno de los motivos prohibidos para afectar de manera negativa el empleo de una persona.

La excepción, como tal, ha de ser interpretada de manera restrictiva. En eso existe consenso, como veremos más adelante. Si bien es cierto que cada país que ha regulado la calificación ocupacional de buena fe ha establecido su propia forma de redactar o frasear esta excepción, no es menos cierto que en todos ellos tal redacción o fraseo apunta al carácter esencialmente restrictivo de la excepción. El fundamento de ello es que la interpretación flexible de la excepción determinaría que la regla de la no discriminación pierda el vigor y la fuerza que requiere para otorgar la protección para la que fue creada.

En ese restrictivo contexto, la excepción calificación ocupacional de buena fe ha sido tradicionalmente aceptada en ciertos casos y rutinariamente rechazada en otros. La calificación ocupacional de buena fe es normalmente aceptada en aquellos casos en los que existe un componente de autenticidad de por medio o cuando. A su vez, la calificación ocupacional de buena fe ha sido rechazada casi de manera

⁵ SAEZ LARA, Carmen. Mujeres y Mercado de Trabajo. Las Discriminaciones Directas e Indirectas. Consejo Económico y Social, Madrid, 1994, páginas 87-88.

⁶ El término “calificación ocupacional de buena fe” es una traducción literal de *Bona Fide Occupational Qualification*, que es la expresión con la que inicialmente se conoció a esta excepción en los Estados Unidos de América. Otros países utilizan expresiones similares. Por ejemplo, en Inglaterra se utiliza la expresión “Genuine Occupational Qualification”.

unánime en todos aquellos casos en los que se sustenta en las preferencias del empleador, de los compañeros de trabajo o de los clientes del establecimiento. También ha sido rechazada en aquellos casos en los que su sustento consiste en prejuicios o en los costos asociados a la contratación de una determinada clase de individuos.

En todos los casos, sin embargo, corresponderá al empleador demostrar la validez y suficiencia de las razones que la justifican en un determinado caso concreto. Tales razones tendrán que estar necesariamente vinculadas al desempeño de un trabajo en particular. En tal virtud, el empleador tendrá que demostrar que un determinado motivo prohibido es una característica indispensable para la realización de un determinado puesto de trabajo, haciendo referencia específica a las particularidades de ese trabajo.

A lo largo de las páginas que siguen veremos la forma en la que diversas regulaciones han tratado a la calificación ocupacional de buena fe.

3. EL CONVENIO NO. 111 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

El Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo fue adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 25 de junio de 1958 y aprobado por el Perú a través del Decreto Ley No. 17687 de 6 de junio de 1968.

El artículo 1, inciso 2, de este Convenio, señala que "las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación".

Como se aprecia fácilmente, la redacción de la norma apunta a una interpretación restrictiva de la misma. Las expresiones "calificaciones exigidas" y "empleo determinado" aluden a una relación de necesidad entre el desarrollo de una específica labor y los requisitos que se exigen para llevarla a cabo. Teniendo en cuenta además el carácter categórico de la prohibición de discriminar y la restrictiva redacción de una de sus excepciones, debe concluirse que no será válido que el empleador decida exigir un determinado requerimiento –basado en uno de los motivos prohibidos– a los postulantes a un empleo o a sus propios trabajadores por una

razón que no sea la imperiosa necesidad de cumplirlo para estar en aptitud de desarrollar una determinada y específica labor.

Los propios documentos emitidos por la Organización Internacional del Trabajo con posterioridad a la adopción del Convenio 111 establecen que "la excepción, admitida por el párrafo 2 del artículo 1 del Convenio, debe interpretarse de una forma estricta para que no conduzca a una limitación indebida de la protección que tiende a asegurar el Convenio"⁷.

Siguiendo con el mismo razonamiento, en otros documentos emanados de la Organización Internacional del Trabajo se ha señalado que "(...) es preciso que esos criterios [basados en uno de los motivos prohibidos] correspondan concretamente a las exigencias inherentes a un empleo o a una ocupación dados"⁸.

Siempre para abundar en lo que atañe a la restrictiva aplicación de la excepción, los documentos provenientes de la Organización Internacional del Trabajo han señalado que "(...) los órganos de control de la OIT han observado que no existen casi ejemplos de consideraciones de raza o de origen que dependan de esta categoría (excepto, por ejemplo, en actividades artísticas dedicadas a la cultura de algunos grupos étnicos)", agregando que en lo que se refiere a la religión "(...) se deberían tener únicamente en cuenta las exigencias intrínsecas de un empleo dado, es decir, el contenido efectivo de las tareas que implica y su posible incidencia en los objetivos de la institución empleadora; así, la cláusula de excepción sólo debería aplicarse a propósito de empleos que, por su naturaleza, implican la responsabilidad especial de contribuir a la realización de los objetivos de la institución"⁹.

Rodríguez-Piñero y Fernández López señalan, comentando el Convenio No. 111 de la Organización Internacional del Trabajo, que "el artículo 1.2 considera como no discriminatorias las cualificaciones (de color, sexo, religión, etc.) exigidas para un empleo determinado. Se trata de una excepción muy rigurosa que debe

⁷ Ver Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). Página 146.

⁸ Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). Página 151.

⁹ Oficina Internacional del Trabajo. Las Normas y la Acción de la OIT para la Eliminación de la Discriminación y la Promoción de la Igualdad de Oportunidades en el Empleo. Ginebra, 1992, numerales 31 y 32.

responder no sólo a una justificación objetiva, sino a una rigurosa necesidad en relación con las tareas concretas a desarrollar en el puesto de trabajo en cuestión”¹⁰.

Por último, debe destacarse que es el empleador el que debe probar que se encuentra en el supuesto de la norma. Al respecto, se ha señalado que “una de las mayores dificultades para aplicar las mencionadas disposiciones lo representa la carga de la prueba. Por lo general, se pide al empleador que pruebe que el trato especial está justificado por razones objetivas no relacionadas con un criterio discriminatorio, o que ese criterio constituye un requerimiento esencial (o de buena fe o legítimo) para el trabajo”¹¹.

4. EL CRITERIO ADOPTADO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Es en los Estados Unidos de América, donde la excepción a la prohibición de discriminar tomó la denominación de *Bona Fide Occupational Qualification* o calificación ocupacional de buena fe.

De acuerdo con lo que señala el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, “(...) para un empleador no será una práctica ilegal de empleo contratar o emplear trabajadores (...) sobre la base de su (...) religión, sexo u origen nacional en aquellos casos donde la religión, el sexo o el origen nacional es una calificación ocupacional de buena fe necesaria para la marcha normal de ese particular negocio o empresa”¹².

A los efectos de determinar cuando existe una calificación ocupacional de buena fe, es necesario satisfacer dos criterios. “Primero, el demandado debe estable-

¹⁰ RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda. Obra citada, páginas 97-98.

¹¹ Guía Sobre Legislación del Trabajo. Departamento de Diálogo Social. Legislación y Administración del Trabajo (DIALOGUE). CAPITULO VII, referido a las “Disposiciones sustantivas de la legislación del trabajo: Eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación”.

¹² Si bien la raza no es en ningún caso una Calificación Ocupacional de Buena Fe, jurisprudencialmente se ha admitido que ella puede ser tomada en cuenta por el empleador en los casos en los que existe una imperiosa necesidad del negocio. Tal sería el caso, por ejemplo, de un policia que tiene que trabajar de incógnito o de un actor que tiene que representar a una persona de determinada raza.

cer que tiene una base sustancial para creer que todas o casi todas las personas dentro de una clase protegida, por ejemplo mujeres, serían incapaces de ejecutar las funciones del trabajo en cuestión o que es imposible o altamente impracticable determinar individualmente si las personas dentro de la clase protegida pueden ejecutar las funciones. (...) Segundo, la particular calificación o requisito en cuestión debe ser necesario para el negocio, en el sentido que la “esencia del negocio” se vería socavada si se contrataran miembros de la clase protegida”¹³.

La jurisprudencia norteamericana también ha concluido que la interpretación de esta excepción, debe ser sumamente restringida. Así, por ejemplo, en el caso *Dot-hard vs. Rawlinson*, la propia Corte Suprema de los Estados Unidos de América señaló que “estamos persuadidos –por el restrictivo lenguaje de la Sección 703 (e), por la historia legislativa y por la consistente interpretación de la EEOC– que la excepción BFOQ fue diseñada para constituir una excepción extremadamente estrecha a la prohibición general de discriminar en base al sexo de las personas”.

La jurisprudencia americana ha establecido que existen algunos criterios que no pueden utilizarse para sustentar una BFOQ. Por ejemplo, como regla general se ha establecido que la preocupación por el bienestar del trabajador no es suficiente para justificar la existencia de una BFOQ¹⁴. El ya mencionado caso *Cheatwood vs. South Central Bell Telephone & Telegraph Company* ejemplifica perfectamente esta situación. Tres mujeres y un hombre postularon al puesto de Representante Comercial en Alabama. El empleador se rehusó de plano a considerar sus solicitudes de empleo, sin importarles las calificaciones individuales de esas tres mujeres. El trabajo fue finalmente otorgado al único postulante hombre. El empleador justificó su decisión señalando que la persona a ser contratada tendría que enfrentar situaciones poco apropiadas para las mujeres, como el cambio de llantas, la inexistencia de servicios higiénicos para mujeres, el sometimiento a hostilización sexual y peligro y el trabajo extenuante y pesado. La Corte amparó la demanda señalando que “(...) el Título VII otorga a las mujeres la facultad de determinar cuáles son sus “intereses individuales, correspondiéndoles decidir si aceptan o no las tareas poco “románticas”.

¹³ COX, Paul. *Employment Discrimination*, 1991, páginas 10-4 y 10-5.

¹⁴ Sin embargo, si algunos miembros de la clase protegida presentan un riesgo sustancial al empleador o a terceros y es imposible eliminar el riesgo a través de evaluaciones individuales, puede alegarse una BFOQ. Este sería el caso de un piloto de avión mayor de 60 años.

La jurisprudencia también ha señalado que las preferencias de los clientes no justifican la existencia de una calificación ocupacional de buena fe. Sin embargo, el tema se ha tratado de manera heterodoxa, pues cuando hay aspectos de privacidad que ponen en riesgo la salud de los pacientes (no quieren atenderse por personas del sexo opuesto) o cuando hay procesos de rehabilitación de mujeres violadas, si se acepta a tales preferencias como válidas.

De igual modo, la jurisprudencia ha señalado algunos criterios que sí pueden utilizarse como base para alegar exitosamente la existencia de una calificación ocupacional de buena fe. Dentro de estos criterios se encuentran la autenticidad para las obras de teatro o cine o para algunos locales comerciales que desean vender una determinada imagen (los chifas, por ejemplo).

Estas excepciones han sido recogidas en unas regulaciones administrativas adoptadas por la *Equal Employment Opportunity Commission*, la agencia estatal federal encargada de velar por el correcto cumplimiento de todas las normas en materia de igualdad de oportunidades y de discriminación en el empleo. A continuación citamos algunas de estas regulaciones a título de ejemplo.

En materia de sexo, por ejemplo, la *Equal Employment Opportunity Commission* ha señalado “(...) que la excepción de la Calificación Ocupacional de Buena Fe en lo que atañe al sexo debería ser interpretada restrictivamente. Las etiquetas –“Trabajos de Hombres” y “Trabajos de Mujeres”– tienden a negar oportunidades de empleo innecesariamente a un sexo o al otro”. En esas regulaciones se agrega que “la Comisión encontrará que las siguientes situaciones no justifican la aplicación de la excepción de la calificación ocupacional de buena fe:

- i) La negativa a contratar a una mujer por causa de su sexo, basándose en suposiciones de las características comparativas de empleo de las mujeres en general. Por ejemplo, la idea de que la tasa de rotación entre las mujeres es más alta que entre los hombres.
- ii) La negativa a contratar a un individuo basándose en caracterizaciones estereotipadas de los sexos. Tales estereotipos incluyen, por ejemplo, que los hombres tienen menor capacidad para ensamblar equipos complejos; que las mujeres tienen menor capacidad de agresividad en el arte de vender. El principio de la no discriminación requiere que los individuos sean considerados sobre la base de sus capacidades individuales y no so-

bre la base de cualesquiera características generalmente atribuidas al grupo.

- iii) La negativa a contratar a un individuo debido a preferencias de sus compañeros de trabajo, del empleador o de los clientes, a excepción de lo especificado en el punto (a)(2) de esta sección”¹⁵.

En similar sentido, en materia de origen nacional, la *Equal Employment Opportunity Commission* ha señalado que “la excepción contenida en la sección 703(e) del Título VII, de que el origen nacional pueda ser una Calificación Ocupacional de Buena Fe, será estrictamente interpretada.”

Por último, en materia de edad, la *Equal Employment Opportunity Commission* ha señalado lo siguiente:

- a. El que las calificaciones ocupacionales sean consideradas como de “buena fe” para un trabajo específico y “razonablemente necesarias para el normal funcionamiento del negocio”, se determinará en base a todos los factores que rodeen cada situación específica. Se anticipa que este concepto de Calificación Ocupacional de Buena Fe tendrá alcance y aplicación limitados. Es más, como se trata de una excepción a la Ley, será interpretada estrechamente.
- b. Un empleador afirmando una defensa BFOQ tiene la responsabilidad de probar que (1) la edad límite es razonablemente necesaria a la esencia del negocio, y también (2) que todos o sustancialmente todos los individuos excluidos del trabajo en cuestión se encuentran efectivamente descalificados, o (3) que algunos de los individuos así excluidos poseen características que los descalifican y que sólo pueden ser determinadas haciendo referencia a su edad. Si el objetivo del empleador al afirmar una defensa BFOQ es la meta de la seguridad pública, el empleador debe probar que la práctica cuestionada cumple en efecto con dicha meta y

¹⁵ La sección (a)(2) señala que “donde sea necesario para propósitos de autenticidad (...), la Comisión considerará el sexo como una calificación ocupacional de buena fe, por ejemplo, un actor o actriz”.

que no existe alternativa aceptable que la mejore o iguale con un impacto discriminatorio menor”.

5. LOS CRITERIOS ADOPTADOS POR OTRAS LEGISLACIONES OCCIDENTALES

5.1 España

Hasta donde conocemos, el Tribunal Constitucional Español no ha establecido una doctrina que regule de manera integral y orgánica este tema. Sin embargo, si existen algunos antecedentes que dan cuenta de una interpretación restrictiva de la excepción.

De acuerdo con Carmen Saez¹⁶, en la sentencia No. 216/1991 de 14 de noviembre de 1991 el Tribunal Constitucional Español rechazó dos posibles argumentos como justificación de una calificación ocupacional de buena fe, al resolver un caso en el que se discutía el ingreso de las mujeres a las fuerzas armadas: (i) las diferencias de orden fisiológico y de permanente disponibilidad para el servicio de las mujeres, dadas las especiales características del trabajo y (ii) las previas y necesarias adaptaciones de la infraestructura militar.

Carmen Saez¹⁷ continúa mencionando que para el Tribunal Constitucional Español “(...) la excepción al principio de no discriminación no puede fundarse en una presunción de ineptitud de la mujer sobre la base de caracteres que se suelen asociar al colectivo – mujeres; por el contrario, la prohibición de no discriminación exige una valoración de la aptitud y capacidad individual de cada individuo con independencia de su sexo. Y en segundo lugar, el TC tampoco parece acoger un aumento de los gastos derivado de las adaptaciones estructurales, para justificar la exclusión de las mujeres de ciertos trabajos o empleos”.

Carmen Saez¹⁸ también hace referencia a la sentencia No. 229/1992, en la que el Tribunal Constitucional rechaza “(...) que la protección de la mujer pueda fundar

¹⁶ SAEZ LARA. Carmen. Obra citada. Página 94.

¹⁷ SAEZ LARA. Carmen. Obra citada. Página 94.

¹⁸ SAEZ LARA. Carmen. Obra citada. Página 94.

exclusiones de aquella para ciertos trabajos (...) salvo que esté en juego (...) el embarazo o la maternidad”.

Finalmente, considero que es necesario hacer una referencia al concepto de la razonabilidad, pues no es infrecuente escuchar o leer que las situaciones “objetivas y razonables” con la excepción al mandato de no discriminación.

Si bien es cierto que los españoles se refieren frecuentemente al concepto de "razonabilidad" cuando hacen alusión a la discriminación, no es menos cierto que ese concepto de razonabilidad en el caso concreto de la discriminación en el empleo no es el tradicional concepto de razonabilidad sino uno mucho más estricto. En este sentido, Rodríguez-Piñero y Fernández López señalan lo siguiente: "es cierto que el mandato de parificación admite algunas derogaciones, cuando una norma constitucional prevalente disponga lo contrario, o excepciones, y en este último caso el elemento de la razonabilidad o no arbitrariedad reaparece, pero no en un sentido abierto, sino muy restrictivo, en función de que el fin de la misma sea constitucionalmente superior al valor de la igualdad de raza, sexo, etc., o que, a través de ella, se logre más efectivamente la tutela antidiscriminatoria, o que, en algunos casos límite pueda corresponder a la "naturaleza de las cosas". La paridad de trato se impone así en todos los casos, salvo estas muy estrictas excepciones, que además no contrarían los propios objetivos de la tutela antidiscriminatoria".

5.2 Inglaterra

En Inglaterra, la calificación ocupacional de buena fe se denomina calificación ocupacional genuina (Genuine Occupational Qualification). A diferencia de lo que ocurre en los casos anteriores, los Ingleses han preferido establecer sendos listados de ocupaciones en los que el sexo o la raza, por ejemplo, constituyen una calificación ocupacional genuina, lo que definitivamente ratifica su limitado campo de acción.

En materia de discriminación por razón de sexo, por ejemplo, la subsección 2 de la sección 7 de la Ley de Discriminación Sexual de 1975 establece los contados casos en los que el sexo es una calificación ocupacional genuina. La norma señala que “ser hombre es una calificación ocupacional genuina para un trabajo sólo donde:

- a. la naturaleza esencial del trabajo requiere a un hombre por razones de fisiología (excluyendo la fuerza física o resistencia) o, en representaciones dramáticas u otro entretenimiento, por razones de autenticidad, de manera que la naturaleza esencial del trabajo sería notablemente diferente si lo lleva a cabo una mujer; o
- b. es necesario que el trabajo sea efectuado por un hombre para preservar la decencia o privacidad porque:
 - i. es probable que involucre contacto físico con hombres en circunstancias en las cuales ellos podrían objetar razonablemente que sea efectuado por una mujer, o
 - ii. es probable que la persona que realice el trabajo lo efectúe en circunstancias en las cuales los hombres podrían razonablemente objetar la presencia de una mujer por encontrarse sin ropa o utilizando los servicios higiénicos; o
- c. la naturaleza o ubicación del establecimiento hace imposible que la persona que realice el trabajo viva en un lugar distinto a las instalaciones proporcionadas por el empleador, y:
 - i. las únicas instalaciones disponibles para las personas que realicen el trabajo están habitadas, o normalmente habitadas, por hombres y no se encuentran equipadas con alojamiento separado para mujeres y servicios higiénicos que podrían ser utilizados por mujeres en privado, y
 - ii. no es razonable esperar que el empleador equipe esas instalaciones con alojamiento y servicios o proporcione otras instalaciones para mujeres; o
- d. la naturaleza del establecimiento, o del lugar en el cual el trabajo es realizado, requiere que éste sea efectuado por un hombre porque:
 - i. es, o es parte de, un hospital, prisión u otro establecimiento para personas que requieren cuidado especial, supervisión o atención, y
 - ii. esas personas son todos hombres (exceptuando a cualquier mujer cuya presencia es excepcional), y

- iii. es razonable, considerando el carácter esencial del establecimiento o de dicha parte, que el trabajo no sea realizado por una mujer; o
- e. la persona que realiza el trabajo presta a individuos servicios personales promoviendo su bienestar o educación, o servicios personales similares, y esos servicios pueden ser prestados de manera más efectiva por un hombre, o
- f. es necesario que el trabajo sea efectuado por un hombre debido a restricciones impuestas por las leyes que regulan el empleo de mujeres, o
- g. es necesario que el trabajo sea efectuado por un hombre porque es probable que involucre la ejecución de labores fuera del Reino Unido en un país cuyas leyes o costumbres sean tales que dichas labores no puedan ser realizadas, o realizadas en forma efectiva, por una mujer, o
- h. el trabajo es parte de una labor que deberá ser realizada en conjunto por una pareja de esposos”.

En similar sentido, la Ley de Relaciones Raciales de 1976 también contiene un listado de situaciones en los que la raza es una calificación ocupacional genuina. Las subsecciones 1 y 2 de la sección 5 de dicha Ley señalan lo siguiente:

- “(1) 1. En relación a la discriminación racial:
 - a. el punto 4(1)(a) o (c) no aplica para cualquier empleo en el cual formar parte de un grupo racial específico sea una calificación ocupacional genuina para el trabajo; y
 - b. el punto 4(2)(b) no aplica para casos de promoción, transferencia o entrenamiento para dicho trabajo.
- (2) 2. Ser parte de un grupo racial específico es una calificación ocupacional genuina para un trabajo sólo donde:
 - a. el trabajo involucra la participación en una representación dramática u otro entretenimiento para el cual una persona de ese grupo racial es requerida por razones de autenticidad; o
 - b. el trabajo involucra la participación de un artista o modelo fotográfico en la producción de un trabajo o arte, imagen visual o secuencia de imágenes visuales para las cuales una persona de ese grupo racial es requerida por razones de autenticidad; o
 - c. el puesto implica trabajar en un lugar donde la comida y bebida provista y consumida (ya sea gratis o pagada) por los miembros del público o por parte del público en un escenario específico para el cual, en dicho traba-

- jo, una persona de ese grupo racial es requerida por razones de autenticidad; o
- d. la persona que realiza el trabajo presta a individuos de ese grupo racial servicios personales promoviendo su bienestar, y esos servicios pueden ser prestados de manera más efectiva por una persona de ese grupo racial”.

Como se puede apreciar, en ambos casos estamos ante listados sumamente restrictivos, en los que se admite excepcionalmente la utilización del sexo y de la raza como motivos de diferenciación.

5.3 Comunidad Económica Europea

El artículo 4, sección 1, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación señala lo siguiente: “No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado”.

De igual modo, el artículo 4 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, señala: “No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el origen racial o étnico no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado”.

Como se observa, en ambos casos se utiliza la expresión “requisito profesional esencial y determinante”, manteniéndose así la tendencia de concebir y/o interpretar la excepción de manera sumamente restrictiva.

6. La legislación interna peruana

La legislación interna peruana actual no regula a la calificación ocupacional de buena fe¹⁹. Sin embargo, ello no siempre fue así.

En efecto, la Ley No. 27672²⁰ reguló durante cerca de tres años las ofertas de empleo. Esta Ley señala que las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa no pueden establecer tratos diferenciados basados "en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión, ascendencia nacional u origen social, condición económica, política, estado civil, edad o de cualquiera otra índole", salvo que exista una "justificación objetiva y razonable".

Los tres artículos más importantes de la Ley No. 26772 –los únicos, a excepción del artículo 4 que establecía que el Poder Ejecutivo debía dictar las normas reglamentarias correspondientes²¹– fueron sustituidos el 29 de mayo de 2000 por la Ley No. 27270. Estas modificaciones, lamentablemente, supusieron un retroceso técnico en la regulación de las ofertas de empleo discriminatorias.

Efectivamente, a diferencia de lo que establecía el texto inicial del artículo 2 de la Ley No. 27662, el nuevo texto –actualmente vigente– no contempla la posibilidad de que pueda existir una "justificación objetiva y razonable" para que el empleador pueda tomar en cuenta uno de los motivos prohibidos.

¹⁹ En este apartado no hacemos referencia al Convenio No. 111 de la Organización Internacional del Trabajo, que ya ha sido materia de análisis. Este apartado se refiere únicamente a las Leyes, Decretos Supremos y demás normas emanadas de los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

²⁰ La Ley No. 26772, sin ninguna duda, constituyó una respuesta legislativa a la oferta de empleo que se publicó el domingo 9 de marzo de 1997 en el diario "El Comercio", en el que una "importante entidad financiera" que no se identificaba ofrecía empleos de ejecutivo de ventas a personas que, entre otros requisitos, debían cumplir uno en especial: ser "de excelente presencia tes (sic) blanca". El aviso agregaba que la tez blanca era "indispensable" y solicitaba a los interesados remitir una fotografía reciente. El anuncio en cuestión suscitó justificadamente la ira e indignación de muchas personas, que pensaban que este tipo de prácticas de empleo eran una cuestión del pasado. Un periódico local informó incluso que el entonces Congresista Carlos Torres y Torres-Lara presentó una moción de orden del día solicitando a la Comisión de Fiscalización del Congreso que emita un informe identificando a los autores del aviso e indicando "las responsabilidades a que hubiere lugar". Fue en ese contexto que se promulgó la Ley No. 26772 luego de poco más de una hora de discusión en el pleno del Congreso.

²¹ La Ley No. 26772 fue reglamentada mediante Decreto Supremo No. 002-98-TR, publicado en el diario oficial El Peruano el 1 de febrero de 1998.

El texto inicial del artículo 2 de la Ley No. 27662 había dado lugar a dos a reglamentarias. De un lado, el artículo 3 del Decreto Supremo No. 002-96-TR señalaba que “no se consideran prácticas discriminatorias por estar sustentadas en una justificación objetiva y razonable, aquellas basadas en las calificaciones exigidas para el desempeño del empleo o medio de formación ofertado”. De otro lado, el artículo 4 de dicho Decreto Supremo No. 002-98-TR señalaba que “no se considera justificación objetiva y razonable y por lo tanto constituye práctica discriminatoria, para los fines del Artículo 2° de la Ley, aquella referida a las preferencias subjetivas de los clientes, o a los costos específicos derivados de la contratación o admisión de una persona. Tampoco se considera que existe una justificación objetiva y razonable cuando se excluye al postulante, en función de su pertenencia a un grupo, gremio o asociación con fines lícitos”.

Como se apreciará, las citadas normas interpretaron de una manera sumamente restrictiva el difuso concepto de “justificación objetiva y razonable”, restringiéndolo al caso de las calificaciones exigidas para el desempeño del empleo o medio de formación ofertado y señalando tres ejemplos concretos de razones que en ningún caso constituirían una razón objetiva y razonable: las preferencias subjetivas de los clientes, los costos específicos derivados de la contratación o admisión de una persona y la pertenencia de una persona a un grupo, gremio o asociación con fines lícitos.

7. CONCLUSIONES

1. La calificación ocupacional de buena fe es una excepción a la prohibición de discriminar. En específico, se trata de una excepción a la discriminación directa.
2. En esta materia, en el Perú deben aplicarse los criterios y reglas del Convenio No. 111 de la Organización Internacional del Trabajo.
3. La calificación ocupacional de buena fe es una excepción a la regla. Como tal, debe ser interpretada de manera restrictiva.
4. Tiene que hacerse un análisis específico de las obligaciones y responsabilidades de cada puesto de trabajo para poder establecer si el pertenecer a un determinado grupo protegido constituye una calificación ocupacio-

nal de buena fe. Hacer un análisis sumamente general o excluir a ciertas personas de la posibilidad de obtener un empleo simplemente porque alguna tarea de menor importancia tiene que ser desarrollada por una persona perteneciente a un determinado grupo protegido, no sería suficiente para establecer la existencia de una calificación ocupacional de buena fe.

5. Ciertas circunstancias no justifican la existencia de una calificación ocupacional de buena fe. Las medidas de protección a la mujer, los costos para el empleador, las preferencias de los clientes o de los compañeros de trabajo y los perjuicios colectivos, en ningún caso sirven para justificar la existencia de una calificación ocupacional de buena fe. Sin embargo, en determinadas circunstancias concretas, como por ejemplo cuando hay aspectos de privacidad que ponen en riesgo la salud de los pacientes o cuando hay procesos de rehabilitación de mujeres violadas, suele admitirse que las preferencias de los clientes jueguen un rol en la determinación de si existe o no una calificación ocupacional de buena fe.
6. Uno de los criterios que tradicionalmente se ha aceptado como válido para que exista una calificación ocupacional de buena fe tiene que ver con la autenticidad, tanto para las obras como para la generación de ciertos ambientes. Así, las ocupaciones relacionadas con las obras de teatro o de cine, el modelaje de ropa o de accesorios para personas de un determinado sexo etc. justifican la existencia de una calificación ocupacional de buena fe, siempre que exista una relación de necesidad entre la labor a ser desempeñada y la pertenencia a un determinado grupo protegido. De la misma manera, la existencia de personas de determinada apariencia, color u origen para darle cierto ambiente a restaurantes, bares, etc. también ha servido excepcionalmente de base para justificar la existencia de una calificación ocupacional de buena fe.
7. La carga de la prueba corresponde al empleador, pues le corresponde a él demostrar que el sexo, la raza, etc. de una persona es indispensable para poder realizar una determinada labor.

BIBLIOGRAFIA

COX, Paul. *Employment Discrimination*, 1991, páginas 10-4 y 10-5.

Guía Sobre Legislación del Trabajo. Departamento de Diálogo Social, Legislación y Administración del Trabajo (DIALOGUE).

Igualdad en el Empleo y la Ocupación. Estudio General de las Memorias Relativas al Convenio (núm. 111) y a la Recomendación (núm. 111) sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación), 1958. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.

Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución).

Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución).

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Las Normas y la Acción de la OIT para la Eliminación de la Discriminación y la Promoción de la Igualdad de Oportunidades en el Empleo. Ginebra, 1992.

RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda. Igualdad y Discriminación. Tecnos, Madrid, 1986.

SAEZ LARA, Carmen. Mujeres y Mercado de Trabajo. Las Discriminaciones Directas e Indirectas. Consejo Económico y Social, Madrid, 1994.