

trabajadores y el nuevo titular, lo que de cierta manera, deja sin contenido a la obligación de informar⁽⁵⁶⁾.

Como puede observarse, el estudio de la transmisión de empresas en nuestro medio, reviste de cierta dificultad, pues al no contar con un cuerpo normativo que pueda servirnos de referencia, al final del día es posible encontrarnos con más dudas antes que certezas. De ahí que, el título de la presente ponencia no es fortuito, pues la gran cantidad de aristas desde las que puede abordarse el estudio de este fenómeno, no permiten agotar su estudio en un solo trabajo. Por todo ello, es necesaria una mayor investigación y debate del fenómeno en cuestión, por parte de los que estudian al derecho del trabajo, con la finalidad de avanzar cada día más en la profundización de su estudio; tarea a la que, precisamente, hemos intentado dedicarnos en esta oportunidad.

LA DISCRIMINACIÓN POR ASOCIACIÓN: UN NUEVO SUPUESTO DE DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL

 **Ana CRISANTO CASTAÑEDA**

Doctora en Derecho (Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, España). Profesora Ordinaria de Derecho del Trabajo (Universidad de Piura, Perú).

SUMARIO

I. Introducción. **II.** El Caso Coleman. **1.** Supuesto de hecho. **2.** ¿Por qué se acudió ante el TJCE?: Origen de las cuestiones prejudiciales. **3.** La sentencia. **III.** Breve referencia a la prohibición de discriminación en el ámbito laboral peruano. **IV.** Discriminación por asociación: el fundamento de su protección. **V.** Delimitación de la discriminación por asociación. **VI.** Conclusiones. **VII.** Propuesta.

I. INTRODUCCIÓN

Las expresiones tan conocidas como “la realidad es más rica que el Derecho” o “los hechos van por delante de la norma”, se aplican perfectamente al tema que se aborda en el presente trabajo. Hace algunos años, en concreto el año 2008, mereció especial atención en la doctrina científica extranjera una sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en adelante, TJCE) –más conocida como el “Caso Coleman”– en la que se declaraba que una norma de Derecho Comunitario en materia laboral⁽¹⁾ protege frente a un nuevo supuesto de discriminación,

(1) Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (Diario Oficial de la Comunidad Europea, de 02/12/2000, N° L 303, pp. 0016-0022).

(56) Idem.

denominado discriminación por asociación, discriminación transferida⁽²⁾ o igualmente llamada discriminación refleja⁽³⁾.

Sin perjuicio de analizar esta figura en los siguientes apartados, basta mencionar ahora que este tipo de discriminación abarca aquellas situaciones desfavorables que experimenta una persona no por ser ella en quien recae el “factor discriminatorio” –origen étnico, religión, discapacidad, etc.–, sino **por su relación** con otra persona que sí posee ese factor⁽⁴⁾.

La aparición de la “discriminación refleja” generó la reflexión y comentario de diversas cuestiones trasladables a cualquier realidad socio-jurídica, incluyendo la peruana. Entre ellas se pueden destacar:

- La llamada de atención a los operadores jurídicos sobre la existencia de prácticas discriminatorias hasta el momento poco conocidas, en especial para los laboristas pues el Caso Coleman surgió precisamente en el marco de una relación laboral;
- La vuelta al fundamento de la prohibición de discriminación, pues solo a través de él puede entenderse la protección de esta nueva clase de atentado a la igualdad; y,
- El conocimiento de que la “discriminación por asociación” es un concepto que viene manejándose en otros países de la Unión Europea tanto por sus legislaciones al establecer una salvaguarda expresa contra este tipo de discriminación⁽⁵⁾, como por sus Tribunales internos, precisamente para ampliar la protección cuando la normativa nada dice al respecto⁽⁶⁾.

(2) La doctrina inglesa se refiere a la discriminación transferida con una concepción más amplia a la de discriminación por asociación. Tipología derivada de la jurisprudencia británica para abarcar también las “instrucciones para discriminar”, casos en los que el trabajador despedido por no cumplir las órdenes discriminatorias empresariales carecía de vínculos con el grupo vulnerable. Al respecto vid. PILGERS-TORFER M., FORSHAW, S., “Transferred discrimination in european law. Case C-303/06, Coleman v. Attridge Law”, *Industrial Law Journal*, Vol. 37, Nº 4, 2008 (Base de datos LexisNexis Academics). Estos supuestos actualmente se encuentran cubiertos de forma autónoma en la propia Directiva 2000/78/CE (art. 2, apartado 4).

(3) La doctrina científica española habla de discriminación refleja o interpuesta para encuadrar el fenómeno. Vid. SEMPERE NAVARRO, A.V., “Cinco casos recientes sobre colectivos vulnerables (prostitutas, extranjeros, víctimas de violencia de género, discapacitados, jubilados forzados)”, *Aranzadi Social*, Nº 14, 2008 (BIB 2008/2447); GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J.R., “Nuevas contribuciones a la construcción del concepto de discriminación: la discriminación refleja o transferida (La STJCE de 17 de julio de 2008, asunto Coleman)”, *Justicia Laboral*, Nº 37, 2008, p. 6.

(4) WADDINGTON, L., “Protection for family and Friends: Addressing Discrimination by Association”, *European Anti-Discrimination Law Review*, Nº 5, 2007, p. 13.

(5) Por ejemplo, en Irlanda (Employment Equality Act de 1998 modificada en 2004). Más referencias normativas de otros Estados Miembros como de países extracomunitarios, en: CORDERO GORDILLO, V., “Discriminación por asociación con una persona con discapacidad. Comentario de la STJCE de 17 de julio de 2008, Coleman, C-303/06”, *Revista de Derecho Social*, Nº 43, 2008, pp. 156-158.

(6) V. gr. la jurisprudencia británica, que es además de donde surge la doctrina de la discriminación transferida desde el año 1984. Sobre los orígenes y desarrollo de la discriminación transferida, vid. MUÑOZ RUIZ,

Incluso ya desde el año 2003 mediante un “Informe sobre igualdad y no discriminación”, emitido por un órgano interno de la Unión Europea, se indicaba que la discriminación también se produce si una persona es tratada injustamente “por su asociación con otros, por ejemplo con un origen étnico determinado”⁽⁷⁾.

Como puede observarse la posibilidad de protección frente a la “discriminación por asociación” se ha normalizado en un buen grupo de países y existen razones –como se demostrará en este trabajo– para que lo mismo ocurra en nuestro país.

II. EL CASO COLEMAN

Cabe mencionar que existe una peculiaridad en este caso y es que el sistema jurídico procesal del Reino Unido permite que el Tribunal interno acuda al TJCE para plantear cuestiones prejudiciales basándose en la presunción de que los hechos se han producido del modo en que los relata la parte demandante.

1. Supuesto de hecho

La Sra. Coleman trabajó como secretaria jurídica para un bufete de Abogados británico a partir de enero de 2001. En el año 2002, tuvo un hijo que requería cuidados específicos y especializados, siendo ella quien le dispensa la mayor parte de los cuidados que este necesita. El 4 de marzo de 2005, la Sra. Coleman aceptó dimitir por exceso de planilla (*voluntary redundancy*), lo que puso fin al contrato que la vinculaba a su empleador.

Sin embargo, el 30 de agosto de 2005 presentó una demanda ante el *Employment Tribunal, London South*, en la que sostenía que había sido víctima de un despido encubierto (*constructive unfair dismissal*) y de un trato menos favorable que el que obtuvieron los restantes empleados, debido al hecho de tener a su cargo un hijo discapacitado. Alega en definitiva que se vio obligada a dimitir como consecuencia del trato recibido.

La Sra. Coleman se apoya en las siguientes circunstancias para defender que había sido discriminada y víctima de acoso:

- Que al reincorporarse al trabajo tras el permiso de maternidad, su empleador se opuso a reintegrarla en el puesto que había ocupado hasta ese momento, lo que no ocurrió con padres de hijos no discapacitados.

A.B., “El Caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los cuidadores”, *Revista Temas Laborales*, Nº 101, 2009; HONEYBALL, S.E., “Discrimination by Association”, *Web journal of current legal issues*, Nº 4, 2007. <www.webjcli.ncl.ac.uk/2007/issue4/honeyball4.html>.

(7) Comisión Europea, Informe anual sobre igualdad y no discriminación 2003 - Hacia la diversidad, Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2003, p. 8. <www.ec.europa.eu>.

- El empleador se opuso a concederle la misma flexibilidad horaria y las mismas condiciones de trabajo que a aquellos de sus compañeros de trabajo que también eran padres. El mismo trato diferenciado se produjo cuando solicitó una reducción de la jornada laboral para cuidar a su hijo, además de habersele calificado de “perezosa” al momento de la solicitud.
- Se produjeron comentarios insultantes o fuera de lugar tanto contra ella como contra su hijo, aunque no se formuló este tipo de comentarios cuando otros empleados se vieron obligados a realizar las mismas peticiones a su empleador para ocuparse de sus hijos no discapacitados.
- Finalmente, señala la demandante que al haber llegado en ocasiones tarde a la oficina a causa de problemas en el cuidado de su hijo, se le dijo que sería despedida si volvía a faltar a la puntualidad, pero no se amenazó de esta manera a otros trabajadores con hijos no discapacitados en la misma circunstancia.

2. ¿Por qué se acudió ante el TJCE?: Origen de las cuestiones prejudiciales

Ante las alegaciones y pretensión de la demandante se alza como “obstáculo” la legislación nacional británica, cuya redacción parece dejar fuera de protección un supuesto como el de la Sra. Coleman. Se trata de la *Disability Discrimination Act 1995 (Amendment) Regulations 2003*⁽⁸⁾. Así, para ese Tribunal, una de las disposiciones que restringe más claramente la protección es el artículo 3-A, apartado 1, en donde se señala que: “se practica discriminación contra una persona con discapacidad cuando, a) por un motivo relacionado con la discapacidad **que padece la persona con discapacidad**, se trate a esta de un modo menos favorable a como se trata o trataría a otras personas a las que no se aplica el motivo en cuestión, y b) siempre que no pueda demostrarse que tal trato esté justificado”⁽⁹⁾.

Hasta aquí cabe destacar dos cuestiones: a) que la ley aplicable al caso exige expresamente que la persona discriminada sea a su vez la que padece la discapacidad, situación que no puede verificarse en los supuestos de discriminación por asociación; y, b) se evidencia la postura *iuspositivista* del Tribunal británico, a quien el

(8) Reglamento de 2003 por el que se modifica la Ley de 1995 relativa a la discriminación por motivo de discapacidad, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004.

(9) Los otros artículos problemáticos de la *Disability Discrimination Act 1995 (Amendment) Regulations 2003* para el Tribunal Británico son: el artículo 3-A, apartado 5, que dispone que: “se practica discriminación directa contra una persona discapacitada cuando se dispensa a esta, por motivo de la discapacidad que padece, un trato menos favorable que el que obtiene u obtendría una persona que no tenga esa discapacidad específica y cuyas características pertinentes, incluidas las capacidades, sean las mismas que las de la persona discapacitada o no difieran sensiblemente de ellas”. Y finalmente, el artículo 3 B de la norma británica establece que: “se somete a acoso a una persona discapacitada cuando, por algún motivo relacionado con la discapacidad que esta padece, se adopta una conducta no deseada que tenga como objetivo o consecuencia (...)”.

texto literal de la norma le impedía avanzar en el proceso; dato especialmente curioso pues quien debe resolver se encuentra en la cuna del *comon law*.

En este punto el Employment Tribunal estimó que el litigio solo podía solucionarse aplicando normas de Derecho Comunitario, planteando así al TJCE cuatro cuestiones prejudiciales que al fin y al cabo pueden resumirse en una sola pregunta: ¿Protege la Directiva 2000/78/CE a las personas no discapacitadas que, en el marco de su empleo, sufren discriminación directa o acoso por estar vinculadas a una persona con discapacidad? El Tribunal nacional hace tal pregunta porque si bien la norma comunitaria no tiene una redacción tan restrictiva como la británica, solo regula las denominadas discriminación directa, discriminación indirecta y la discriminación inversa o positiva⁽¹⁰⁾, pero no expresamente los supuestos de “discriminación refleja”.

3. La sentencia

El TJCE da una respuesta afirmativa a la cuestión planteada, es decir, la Directiva 2000/78/CE sí garantiza la igualdad de trato a las personas discriminadas aunque ellas mismas no padezcan una discapacidad (Apartado 38). Cabe mencionar que la referencia solamente al factor de la discapacidad ocurre porque este se cuestiona en el caso, pero todo lo que se diga en adelante puede aplicarse a los demás motivos discriminatorios conocidos: raza, religión, idioma, nacionalidad, etc.

Para resolver el conflicto, el TJCE recurre en muchas ocasiones al texto del artículo 1 de la norma comunitaria, para señalar que esta tiene por objeto, en lo que atañe al empleo y al trabajo, combatir “**todas las formas de discriminación**” basadas en la discapacidad. Así, cualquier lector de la sentencia puede notar que “todas” incluye también la “discriminación por asociación”.

Del texto normativo anterior, el Tribunal Europeo concluye que lo realmente importante es el fin último de la norma, es decir, que en los Estados Miembros se aplique el principio de igualdad de trato; señalando con claridad que tal principio garantizado en la Directiva no se aplica en función de una categoría determinada de personas, sino **en función de los motivos** contemplados en la norma (religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de sexo u orientación sexual).

(10) Los otros artículos problemáticos de la *Disability Discrimination Act 1995 (Amendment) Regulations 2003* para el Tribunal británico son: el artículo 3-A, apartado 5, que dispone que: “se practica discriminación directa contra una persona discapacitada cuando se dispensa a esta, por motivo de la discapacidad que padece, un trato menos favorable que el que obtiene u obtendría una persona que no tenga esa discapacidad específica y cuyas características pertinentes, incluidas las capacidades, sean las mismas que las de la persona discapacitada o no difieran sensiblemente de ellas”. Y finalmente, el artículo 3-B de la norma británica establece que “se somete a acoso a una persona discapacitada cuando, por algún motivo relacionado con la discapacidad que esta padece, se adopta una conducta no deseada que tenga como objetivo o consecuencia (...)”.

Lo que quiere transmitir el TJCE con esta última afirmación es que cuando el texto comunitario regula la materia, lo hace reprobando discriminaciones “por motivo de”. Con lo cual todo acto que tenga como “motivo” un factor discriminatorio –v.gr. la discapacidad– debe ser amparado por la norma (Apartados 38, 47 a 50).

Teniendo en cuenta la argumentación anterior, el Tribunal aplica al caso concreto la Directiva que regula la discriminación directa, señalando que: “si bien es verdad que, en una situación como la controvertida en el litigio principal, la persona objeto de discriminación directa por motivo de discapacidad no es ella misma una persona discapacitada, no es menos cierto que el motivo del trato menos favorable del que la Sra. Coleman alega haber sido víctima lo constituye precisamente la discapacidad” (Apartado 50). Y concluye enfatizando que toda interpretación de la Directiva 2000/78/CE que circunscriba la aplicación de esta exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas personas discapacitadas, podría privar a dicha Directiva de una parte considerable de su efecto útil y reducir la protección que pretende garantizar” (Apartado 51).

III. BREVE REFERENCIA A LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL PERUANO

Bien mirado, el ordenamiento jurídico vigente con el que se enfrentó el caso Coleman no era muy distinto al que existe actualmente en el Perú. Es patrimonio común de muchas normas internacionales, de los textos constitucionales y de las normas infraconstitucionales de cada país, la formulación genérica y escueta del derecho a no ser discriminado.

En el apartado a) del art. 1.1 del Convenio 111 de la OIT se define la discriminación laboral como:

“cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

Así también nuestra Carta Magna (art. 2.2) señala que:

“Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

Insiste la Norma Fundamental al proclamar brevemente en su artículo 26.1) que en la relación laboral se respeta el principio de “Igualdad de oportunidades sin discriminación”.

Son muy diversas las normas internas que, inspiradas en el principio de no discriminación, regulan la materia en el ámbito específicamente laboral. Solo como ejemplo, puede señalarse:

El Decreto Legislativo N° 276 (art. 24.6), el cual establece que son derechos de los servidores públicos de carrera hacer “carrera pública en base al mérito, **sin discriminación** política, religiosa, económica, de raza o de sexo, ni de ninguna otra índole”.

Por su parte, el artículo 29. d) de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral sanciona con nulidad “el despido **que tenga por motivo**: la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma”. Asimismo, el artículo 30. f) de la misma ley considera actuaciones hostiles equiparables al despido “los actos de **discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma**”.

Salta a la vista la falta de mención expresa de ciertos tipos de discriminación. Sin embargo, la redacción genérica permite seguir el razonamiento aplicado al Caso Coleman para incluir **todo tipo de discriminación**. Es más, para el Tribunal Constitucional peruano, el texto de la Carta Magna no ha sido obstáculo para declarar la prohibición no solo de la “discriminación directa” –que es la más conocida y más recurrente en la realidad social– sino también la “discriminación indirecta” e incluso la admisión de la “discriminación inversa”, también conocida como “acción positiva” (Exp. N° 05652-2007-PA/TC, ff. jj. 43, 44 y 45)⁽¹¹⁾.

Hasta el momento todos los argumentos a favor de la protección ante actos de “discriminación por asociación” se han basado en aspectos más formales que sustanciales, en el sentido de defender que un texto normativo que prohíba atentados contra la igualdad “por motivo de” –o de redacción parecida– admite cualquier supuesto discriminatorio.

Sin duda, cuando las leyes existen hay que tomarlas en cuenta para la solución de un conflicto, pero es posible otro nivel de análisis. La labor del juez es bastante más amplia que la de aplicar sin más el texto de la norma, o buscar de una u otra manera en su literalidad la protección que se le pide. ¿Qué hubiera ocurrido si el

(11) En dicha sentencia se da la razón a la trabajadora despedida por motivo de embarazo. En el pronunciamiento el Tribunal Constitucional tiene oportunidad de dar un amplio repaso sobre el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación por razón de sexo, incluyendo en uno de sus apartados “La discriminación laboral y sus clases”, señalando que: “La discriminación en el trabajo puede ser directa o indirecta. Es directa cuando las normas jurídicas, las políticas y los actos del empleador, excluyen, desfavorecen o dan preferencia explícitamente a ciertos trabajadores atendiendo a características como la opinión política, el estado civil, el sexo, la nacionalidad, el color de la piel o la orientación sexual, entre otros motivos, sin tomar en cuenta sus cualificaciones y experiencia laboral. Por ejemplo, los anuncios de ofertas de empleo en los que se excluye a los aspirantes mayores de cierta edad, o de determinado color de piel o complejión física, es una forma de discriminación directa” (fj. 44). Y en cambio, “la discriminación es indirecta cuando ciertas normas jurídicas, políticas y actos del empleador de carácter aparentemente imparcial o neutro tienen efectos desproporcionadamente perjudiciales en gran número de integrantes de un colectivo determinado, sin justificación alguna e independientemente de que estos cumplan o no los requisitos exigidos para ocupar el puesto de trabajo de que se trate, pues la aplicación de una misma condición, un mismo trato o una misma exigencia no se les exige a todos por igual. Por ejemplo, el supeditar la obtención de un puesto de trabajo al dominio de un idioma en particular cuando la capacidad lingüística no es requisito indispensable para su desempeño es una forma de discriminación indirecta por razón de la nacionalidad o la etnia de origen (...)” (fj. 45).

texto normativo comunitario excluía expresamente del concepto de discriminación los supuestos de “discriminación refleja”? ¿La respuesta a la Sra. Coleman debía ser distinta? Es necesario por tanto reflexionar sobre el verdadero fundamento de la prohibición de discriminar a otro, cuestión que se abordará en el siguiente apartado.

IV. DISCRIMINACIÓN POR ASOCIACIÓN: EL FUNDAMENTO DE SU PROTECCIÓN

La tarea del operador jurídico es buscar lo justo en el caso concreto y ello pasa la mayoría de las veces por completar, depurar, adaptar a los nuevos tiempos, etc. el texto legal que tiene delante. El ejercicio honesto de la profesión exige que todo ello se realice teniendo en cuenta que el centro del ordenamiento jurídico es la persona y su protección.

El art. 1 de la Constitución dispone que: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Así, el constituyente deja claro cuál es el fundamento y finalidad última de toda realidad social, política y jurídica: la persona humana. Por ello, más que una simple declaración de voluntad, tal disposición debe convertirse en el principal criterio hermenéutico a tener en cuenta cuando se quiera interpretar cualquier norma, incluida la Constitución⁽¹²⁾.

Se debe partir de una verdad ontológica: que todos los seres humanos somos iguales en dignidad —todos somos igualmente dignos—. Si esto es así, no deberían existir tratos diferenciados entre las personas —al menos sin justificación alguna—; de ahí que se reconozca y garantice el derecho a la igualdad. En esa misma línea también debe garantizarse el derecho a no ser discriminado, por tratarse de una forma agravada de desigualdad, razón por la cual en algunos ordenamientos jurídicos adopta autonomía frente al principio de igualdad, precisamente porque el trato distinto que sufre una persona no solo carece de una causa objetiva y razonable, sino que además se produce por un “motivo discriminatorio”⁽¹³⁾ que ya solo por su carácter especialmente odioso se considera contrario a la dignidad humana⁽¹⁴⁾. Y es que la activación de la tutela antidiscriminatoria tiene como objetivo, no del todo fácil, erradicar de la sociedad aquellas conductas cuyo telón de fondo esconde la idea de que existen personas menos dignas que otras⁽¹⁵⁾.

(12) CASTILLO CÓRDOVA, L., Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general, Palestra, Lima, 2007, pp. 127-128.

(13) Sobre la distinción entre la discriminación y el principio de igualdad de trato, en: RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F., Igualdad y discriminación, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 156-162.

(14) GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J.R., “Nuevas contribuciones a la construcción del concepto de discriminación: la discriminación refleja o transferida (La STJCE de 17 de julio de 2008, asunto Coleman)”, Justicia Laboral, N.º 37, 2008, p. 5.

(15) Como bien señala VALDÉS DAL-RÉ, la lucha contra las discriminaciones sintetiza de modo ejemplar los valores que encierra el concepto de derecho fundamental: “el respeto a la dignidad de las personas, a

Lo que importa, por lo tanto, es evitar las prácticas discriminatorias por ser un atentado contra el valor único que tiene toda persona por el solo hecho de serlo. Así, es igualmente reprochable el trato desfavorable que padece un ser humano en quien recae un factor discriminatorio (discriminación “clásica”), como el que recibe un trato desventajoso pero por su vinculación con otra persona en quien sí recae un factor discriminatorio (discriminación “por asociación”). Cabe destacar además que en la discriminación refleja “la víctima inmediata de una discriminación no solo sufre personalmente una injusticia, sino que se convierte asimismo en el medio a través del cual se vulnera la dignidad de la persona incluida en una categoría problemática” y con la que está vinculada⁽¹⁶⁾.

Por otra parte, es especialmente relevante luchar contra las conductas discriminatorias no solo porque estas van en contra de la dignidad de la persona, sino también porque generan la exclusión social de grupos vulnerables. Basta con ver en la realidad de muchos países, incluido el Perú, que los prejuicios o estereotipos con los que se mueven las personas para discriminar a ciertos colectivos provocan el efecto de privarlos de determinados ámbitos de su vida y de sus derechos (educación, recreación, empleo, etc.); lo que se convierte en un verdadero problema social.

Finalmente, el reconocimiento de este nuevo tipo de discriminación (discriminación refleja) sería una muestra más de la protección siempre progresiva frente a actos discriminatorios. No solamente se ha ampliado la lista de motivos discriminatorios prohibidos, sino también el concepto. No hubo problema en pasar de la discriminación directa, a la discriminación indirecta y luego a la discriminación inversa o acción positiva (que se permite pero además se fomenta).

V. DELIMITACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN POR ASOCIACIÓN

A continuación se señalan algunas herramientas de análisis para determinar si se está ante una discriminación refleja en el ámbito jurídico-laboral.

1º Lo que determina que la conducta del empresario sea admisible o inadmisible es el **motivo** de discriminación en el que se basa en cada caso. Debe ponerse la atención principal no en la víctima real (Sra. Coleman) ni en el sujeto que posee el factor discriminatorio (hijo con discapacidad) sino en la persona causante de la conducta discriminatoria —el empleador—, más concretamente, en la actuación empresarial que tuvo una motivación basada en rasgos específicos de las personas. Cuestión a la que se llegará por supuesto a partir de indicios.

su consideración como seres humanos, y la instauración de un orden social justo”. VALDÉS DAL-RÉ, F., QUINTANILLA NAVARRO, B. (Dirs.), *Igualdad de género y relaciones laborales*. Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008, p. 29.

(16) Aspecto que destaca el abogado general del caso. El abogado general es quien representa los intereses de la Unión Europea en los procesos iniciados ante el TJCE.

2º Sobre el grado de vinculación que debe existir entre quien alega la discriminación y la persona que posee el factor discriminatorio, no sería necesario que la relación sea tan estrecha como en el caso Coleman (relación materno-filial). Al respecto, se entiende en el presente estudio que aunque la vinculación o asociación es precisamente lo que caracteriza a este tipo de discriminación, al momento de valorar la discriminación propiamente dicha, el mayor o menor nexo que exista entre las personas implicadas será uno de los tantos indicios que ayudará al juez a tener la convicción de lo realmente determinante: la motivación discriminatoria del empleador. De otro modo, se estaría hablando de una protección automática en cuanto se llegue a probar un determinado vínculo formal. En cualquier caso, más que la relación de parentesco, lo que debe interesar es probar un vínculo real⁽¹⁷⁾.

3º Siempre que el empleador pueda demostrar que existía un motivo objetivo y razonable para realizar las actuaciones imputadas, no podrá hablarse de discriminación. Asimismo, el empleador podría al menos probar que su actuación no se basó en motivos discriminatorios aunque sí irrazonables, con lo cual tampoco debería declararse la discriminación⁽¹⁸⁾. En estos casos lo que se declarará es la arbitrariedad de la actuación.

VI. CONCLUSIONES

- Si solo se observa a la víctima directa –v. gr. la Sra. Coleman–, según el concepto clásico de discriminación en el que debe existir un sujeto que al mismo tiempo posea el factor discriminatorio y sufra el trato desventajoso, obviamente no puede hablarse de que ha existido discriminación. Lo mismo sucede con la persona incluida en una “categoría problemática” –en este caso, el hijo con discapacidad–, pues no recae en él el trato desfavorable alguno, al menos en el ámbito del empleo. El elemento común, por tanto, entre una discriminación directa o indirecta “clásica” y una discriminación por asociación, es precisamente **la conducta motivada por un elemento discriminatorio**, cuya protección no se entiende si no se parte del fundamento de la tutela antidiscriminatoria: el respeto de la igual dignidad que tienen los seres humanos.

(17) SEMPERE NAVARRO, A.V., “Cinco casos recientes sobre colectivos vulnerables (prostitutas, extranjeros, víctimas de violencia de género, discapacitados, jubilados forzosos)”, *Aranzadi Social*, N° 14, 2008 (BIB 2008\2447).

(18) Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ-PIÑERO –refiriéndose al Caso Coleman– pone de relieve que los cuidados son los que han podido afectar el desarrollo normal de la prestación de trabajo de la Sra. Coleman de tal modo que pueda llegar a determinarse más bien que es este hecho y no la discapacidad la que ha motivado la decisión empresarial, asunto que en el caso en cuestión correspondería analizar al Tribunal británico. Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Novedades sobre la discriminación por discapacidad en la Unión Europea”, En: *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, N° 21, 2008 (Base de datos: La Ley 40501/2008).

- El Tribunal Constitucional peruano ha seguido la línea de protección progresiva que merecen los atentados contra la igualdad basados en factores odiosos como el sexo, nacionalidad, idioma, religión, entre otros. Así, del texto constitucional se ha podido derivar “clases de discriminación” (directa, indirecta e inversa –o acción positiva–) en las que faltaría incluir la discriminación por asociación.
- Para determinar un supuesto de discriminación por asociación se aplican similares criterios a los de todo tipo de discriminación: verificación básicamente por indicios, establecer si existe una justificación objetiva y razonable o al menos una motivación no basada en factores odiosos para descartar la existencia de discriminación refleja. Sin embargo, debe notarse que, en este caso, es necesario acompañar el análisis de la existencia de un vínculo real entre quien padece el trato desfavorable y la persona en quien recae el factor discriminatorio.

VII. PROPUESTA

Ahora que la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social llama a reflexionar sobre las “Tendencias y perspectivas laborales” en el Perú, podría ser buen momento para analizar la posible inclusión de la protección ante “discriminaciones reflejas” en el texto del Proyecto de Ley General de Trabajo; y ello, sin contrariar la voluntad originaria de los autores de la norma propuesta.

El artículo X. 5) del Proyecto de Ley General de Trabajo se refiere textualmente a la discriminación directa, la indirecta y las acciones positivas que son las clases más conocidas por la doctrina científica y tribunales nacionales y extranjeros hasta el momento⁽¹⁹⁾. De ello puede deducirse que los autores del proyecto han querido dejar claro que en el ámbito laboral no son aceptables tratos discriminatorios de ningún tipo –salvo la discriminación positiva–. Siendo esto así, la respuesta más coherente al sentido de la Ley General planteada es acoger en el texto también a la “discriminación por asociación”, especialmente para dar mayor certeza sobre su prohibición ya que se trata de un supuesto menos evidente y más sutil de atentado a la igualdad.

El nuevo texto del artículo X, inciso 5 del Proyecto de Ley General de Trabajo quedaría redactado de la siguiente manera:

(19) En dicho artículo se señala como uno de los principios que rige el ordenamiento laboral a la “Igualdad ante la ley, de trato y de oportunidades en el empleo. Está proscrita toda clase de discriminación directa o indirecta. No constituyen discriminación las acciones positivas temporales adoptadas por el Estado, destinadas a lograr una igualdad efectiva entre diversas colectividades que tengan que tengan notorias desigualdades materiales”.

“Son principios del ordenamiento laboral:

(...)

5) Igualdad ante la ley, de trato y de oportunidades en el empleo. Esta proscrita toda clase de discriminación directa o indirecta. Asimismo, está prohibida la discriminación por asociación a través de la cual un trabajador recibe un trato menos favorable en el ámbito laboral por su vinculación con otra persona en quien recae un factor discriminatorio.

No constituyen discriminación las acciones positivas temporales adoptadas por el Estado, destinadas a lograr una igualación efectiva entre diversas colectividades que tengan notorias desigualdades materiales”.

LA FUTURA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA OBLIGACIÓN DE REPARTO DE UTILIDADES PARA LOS TRABAJADORES DE LAS EMPRESAS TERCERIZADORAS

 Jaime CUZQUEN CARNERO

SUMARIO

I. Sobre la terminología utilizada por la Constitución de 1993 al desarrollar la materia laboral. II. El empleador como parte de la relación laboral y como sujeto obligado al pago de derechos y beneficios laborales. III. El concepto empleador derivado de las normas de tercerización de servicios. IV. Las utilidades como beneficio laboral. V. El pago de las utilidades como obligación exclusiva y excluyente de la empresa empleadora. VI. Conclusiones.

Uno de los aspectos novedosos del Proyecto de Ley General de Trabajo (PLGT) e introducido por la Comisión de Expertos (CE) encargada de revisar y actualizar el mismo, es el contenido en el artículo 218° el cual textualmente señala:

“Artículo 218°.- Participación de los trabajadores de empresas de servicios

Los trabajadores que prestan servicios a una empresa usuaria a través de empresas de servicios de tercerización tienen derecho a participar de las utilidades de aquella. A tal efecto, los días real y efectivamente trabajados por el personal destacado y el monto de sus remuneraciones serán comunicados por la empresa de servicios dentro del mes siguiente al término del ejercicio, para los efectos del respectivo cálculo. El monto de la participación que corresponda a dichos trabajadores será entregado por la empresa usuaria a la empresa de servicios, la cual lo integrará a los que reciba de otras empresas usuarias a las que brinda servicios y a la participación generada por sus propias utilidades. El fondo