

¿Existe una obligación constitucional de trato igual en el empleo?

Una revisión conceptual a la luz del principio de igualdad de oportunidades



IVÁN BLUME MOORE

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Master of Industrial and Labor Relations (MPS) por la
Universidad Cornell.



SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. El derecho a la igualdad en la Constitución.
- III. Igualdad de trato y su diferencia frente al principio de no discriminación.
- IV. La igualdad de trato en el empleo a la luz de la igualdad de oportunidades.
- V. Comentarios finales.

I. INTRODUCCIÓN

El inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política establece dos mandatos fundamentales: la igualdad ante la ley y el de no discriminación por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. Asimismo, el inciso 1 del artículo 26 de la Constitución recoge entre los principios que rigen la relación laboral, el de igualdad de oportunidades sin discriminación.

Sin embargo, la igualdad de trato no se encuentra recogida expresamente en la Constitución de 1993 como sí ocurrió en la de 1979. En este contexto, surge una pregunta fundamental, ¿existe una obligación constitucional de trato igual en el empleo? Para responder a esta pregunta, realizaremos una revisión de este principio a partir del concepto de igualdad de oportunidades en el empleo.

II. EL DERECHO A LA IGUALDAD EN LA CONSTITUCIÓN

El derecho fundamental a la igualdad posee dos manifestaciones expresamente establecidas en nuestra Constitución: (i) la igualdad ante la ley; y, (ii) la igualdad de oportunidades. La igualdad ante la ley se trata de un derecho público subjetivo que obliga a los poderes públicos a procurar la igualdad de los individuos y grupos. Implica, por tanto, que las normas legales sean generales, abstractas y universales, de forma que sólo se admite las normas singulares o privilegiadoras de un individuo o grupo cuando exista una justificación suficiente y razonable¹.

De la igualdad ante la ley se desprenden otras dos manifestaciones. La igualdad *en aplicación* de la ley y *en la ley*. La primera según EGUI-

GUREN "(...) impone una obligación a todos los órganos públicos (incluido los órganos jurisdiccionales) por la cual éstos no pueden aplicar la ley de manera distinta a personas que se encuentren en casos o situaciones similares"². Respecto a la segunda, el referido autor ha indicado que "(...) impone un límite constitucional a la actuación del legislador, en la medida que éste no podrá –como pauta general– aprobar leyes cuyo contenido contravenga el principio de igualdad de trato al que tienen derecho todas las personas"³. Es el contenido de la norma el que debe ajustarse a la igualdad. Así, el legislador no podrá establecer distinciones en supuestos de hecho que, desde el punto de vista de la finalidad perseguida por la norma, debieran ser considerados iguales, de manera que su diferenciación ha de ser tenida por arbitraria⁴.

El Tribunal Constitucional (TC) ha ratificado estas manifestaciones de la igualdad ante la ley en su sentencia recaída en el Expediente N° 1049-2003-AA/TC. En efecto, el TC señaló que:

"La igualdad ante la ley es un derecho constitucional que tiene dos componentes primordiales. [U]no de ellos es la igualdad de la ley o en la ley, que consiste en el límite al legislador que le impide aprobar leyes que contravengan el principio de igualdad de trato al que tienen derecho todas las personas; y el otro es la igualdad en la aplicación de la ley, que impone la obligación a todos los órganos públicos por la cual éstos no pueden aplicar la ley de una manera distinta a personas que se encuentra en casos o situaciones similares".

De otro lado, la igualdad de trato no se encuentra recogida expresamente en la Constitución. Por ello, resulta fundamental determinar si existe o no un mandato constitucional de trato

1. MARTINEZ ROCAMORA, Luis Gabriel. *Decisiones Empresariales y Principio de Igualdad*. Barcelona: Cedecs Editorial S.L., 1998, p. 87.
2. EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *Estudios Constitucionales*. Lima: Ara Editores, 2002, p. 97.
3. *Loc. Cit.*
4. MARTINEZ ROCAMORA, Luis Gabriel. *Op. Cit.*, p. 89.

igual. Este asunto será abordado más adelante. Por ahora, lo conveniente es tener claro en qué consiste y en qué se diferencia la igualdad de trato de las otras manifestaciones de igualdad.

El principio de igualdad de trato prohíbe a los sujetos privados de hacer diferenciaciones arbitrarias, esto es, no fundadas en razones jurídicas atendibles. EGUIGUREN precisa que "(...) el derecho subjetivo a obtener un trato igual pretende evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias"⁵. Como se puede apreciar, lo que se prohíbe es la arbitrariedad, y no así la diferencia razonable.

NEVES precisa que "según el carácter público o privado del sujeto obligado a no procurar la disparidad de trato, se distingue la igualdad ante la ley y la igualdad de trato, respectivamente"⁶. Así, se puede observar que esta faz de la igualdad vincula a los sujetos privados, carácter que la diferencia claramente de las otras manifestaciones de la igualdad mencionadas anteriormente⁷. De acuerdo con el principio de igualdad de trato, éste no se agota en la relación ciudadano-Estado sino que despliega sus efectos a las relaciones privadas. Esta es la diferencia fundamental entre la igualdad ante la ley en sus diferentes acepciones y la igualdad de trato.

Un recorrido a través del texto de constituciones relativamente recientes, muestra una concepción distinta del principio de igualdad. En muchos casos, se puede verificar un mandato para que los poderes públicos remuevan los

obstáculos que impiden el logro de la igualdad en los hechos⁸. Esta concepción no es otra que la igualdad de oportunidades. Esta se traduce en un mandato a los poderes público para que eliminen los obstáculos y barreras arbitrarias que existen y afectan la manera como se determina la posición de los individuos en la sociedad⁹.

La igualdad de oportunidades puede reducirse a una obligación formal o bien, puede tener un carácter sustancial. Desde el punto de vista formal, involucra la remoción de obstáculos o barreras. Un claro ejemplo de ello es la teoría del impacto adverso o discriminación indirecta. En efecto, esta teoría de no discriminación se dirige principalmente a eliminar de barreras irrazonable para el acceso al empleo¹⁰. Sin embargo, permitir la entrada de las minorías a la fuerza de trabajo no garantiza que tendrán acceso al empleo de manera efectiva ni que sacarán provecho de las oportunidades brindadas, dado que sus capacidades pueden verse limitadas por los efectos de la desventaja social. Por ello, una aproximación sustantiva de la igualdad de oportunidades exigirá ciertas medidas especiales, tales como las acciones afirmativas para compensar las desventajas de hecho¹¹.

Al respecto, el TC ha señalado en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0048-2004-PI/TC que:

"(...) el Estado en algunas oportunidades promueve el trato diferenciado de un determinado grupo social, otorgándoles ventajas, incentivos

5. EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *Op. Cit.*, p. 102.

6. NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, p. 109.

7. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "El principio de igualdad jurídica y la no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento constitucional español". En: *Derechos Humanos de las Mujeres*. Lima: Movimiento Manuela Ramos, 1996, p. 144.

8. PEREZ PORTILLA, Karla. *Principio de Igualdad: Alcances y Perspectiva*. Ciudad de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005, p. 136.

9. TOBLER, Christa. *Indirect Discrimination: A Case Study into the Development of a Legal Concept of Indirect Discrimination under the EC Law*. Oxford: Intersentia, 2005, p. 32.

10. AVERY et al. *Employment Discrimination Law. Cases and Material on Equality in the Workplace*. West. USA. p. 4. (Traducción libre).

11. PEREZ PORTILLA, Karla. *Principio de Igualdad: Alcances y Perspectiva*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005, p. 155.

o, en general, tratamientos más favorables. Esto es lo que en doctrina constitucional se conoce como "discriminación positiva o acción positiva –affirmative action–". La finalidad de esta acción afirmativa no es otra que compensar jurídicamente a grupos marginados económica, social o culturalmente; persigue, pues, que dichos grupos puedan superar la inferioridad real en la que se encuentran con acciones concretas del Estado".

La gran diferencia entre la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades, es que esta última no se queda en la verificación de la igualdad formal en una situación similar para un colectivo general, sino que pretende alcanzar la igualdad sustancial, es decir, verificar que los diversos grupos tengan las mismas oportunidades para disfrutar de los beneficios o no. De esta manera, el concepto de igualdad de oportunidades va más allá de la igualdad de trato pues habilita la posibilidad de implementar medidas de equiparación efectiva (acciones afirmativas) en favor de los grupos protegidos o disminuidos. El principio de igualdad sustancial requiere que el Estado actúe en la sociedad para conseguir la igualdad real de los ciudadanos¹².

El ejemplo de los velocistas en una carrera de 100 metros planos sirve para ilustrar que no se puede conseguir la igualdad real si se comienza la carrera desde diversos puntos de partida. De este modo, la aproximación a la igualdad de oportunidades se dirigirá a igualar el punto de partida (las oportunidades), mas no el resultado final de la carrera (los resultados). Es decir, nivelar el terreno en la competición pero no determinar quiénes serán los ganadores. Esto es así porque el principio de igualdad de oportunidades se ocupa de la redistribución del acceso a las oportunidades de los individuos en

la sociedad, pero no de la distribución de los resultados. La hipótesis consiste en que si todos tienen un punto de partida igual, la posición que ocupen al final dependerá de los propios méritos del individuo. Las diferencias en el talento, iniciativa o la propia elección de los individuos deben ser las causas de la desigualdad en los resultados¹³. Por tanto, las acciones del Estado deben enfocarse en aspectos como la educación, la superación de las cargas familiares, el acomodo razonable para los discapacitados y ciertas formas admisibles de acción afirmativa. Es decir, todo aquello que supone un esfuerzo en la consecución de la igualdad real, pero que no se traduce en una igualación de resultados.

La igualdad de oportunidades surge en respuesta a la constatación de la existencia de desigualdades sustanciales que se presentan en la realidad fuera del ámbito de actuación de la igualdad ante la ley o la igualdad de trato, admitiéndose las actuaciones públicas a favor de determinados sujetos o grupos favorecidos. Dicho de otro modo, lo que se pretende es eliminar las desigualdades existentes a través de actuaciones positivas del Estado, ya que si la igualdad ante la ley o la igualdad de trato se aplicarán sin tener en cuenta la desigualdad sustancial preexistente, aquellas manifestaciones del principio de igualdad (formal) serían infructuosas¹⁴.

Ahora bien, la igualdad de oportunidades impone la obligación al Estado de eliminar barrera u obstáculos arbitrarios para que los individuos tengan igualdad de oportunidades en el empleo pero no impone una igualdad de resultados. Tal y como ha sido concebida nuestra Constitución, el Estado no se encuentra compelido a asegurar que todos los individuos de la sociedad terminen en la misma posición pues los resultados disímiles son causados por la diferencia de

12. NEVES MUJICA, Javier. *Op. Cit.*, p. 112.

13. Hay quienes consideran que la diferencia entre la igualdad de oportunidades y de resultados es inexistente. Para tales efectos, ver STRAUSS, David A. *The Illusory Distinction Between Equality of Opportunity and Equal Results*. 34 *Wm. & Mary L. Rev.* 171, 1992. Disponible en: <<http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol34/iss1/10>>.

14. MÓRTOLA FLORES, Ítalo. *Igualdad y no Discriminación en el Empleo: El Factor Sexo*. En: *Estudio de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - Libro Homenaje a Javier Néves Mujica*. Lima: Grisley, 2009, p. 174.

talento, iniciativa o la propia elección de los individuos, entre otros factores. Esto no es tan solo una diferencia teórica, el concepto de igualdad de oportunidades también opera como un tamiz que restringe ciertas formas de acciones afirmativas, entre ellas las cuotas, con las cuales entra en franco conflicto. En efecto, el sistema de cuotas tergiversa el sentido del principio de igualdad de oportunidades que propugna la promoción del mérito en la sociedad por uno de igualdad de resultados que no encuentra amparo en nuestra Constitución. Por ello, el diseño una medida afirmativa debe ser siempre analizada a la luz del principio de igualdad de oportunidades.

III. IGUALDAD DE TRATO Y SU DIFERENCIA FRENTE AL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

Uno de los principales debates conceptuales sobre la naturaleza jurídica del principio de igualdad de trato lo constituye su relación con el principio de no discriminación. Por ello, a efectos de evitar confundir uno con el otro, resulta necesario, aunque de manera breve, definirlos y diferenciarlos.

Sobre el principio de no discriminación, el primer párrafo del artículo 1 del Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), aprobado por el Perú a través del Decreto Ley 17687 de 6 de junio de 1968, lo define de la siguiente manera:

"1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga el efecto de anular

o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativa de empleadores y trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados."

Esta definición permite identificar cuando menos tres elementos esenciales en ella (a) un acto, (b) un motivo o razón y (c) un resultado¹⁵. En otras palabras, para que exista una discriminación prohibida debe producirse un acto de distinción sobre la base de un motivo prohibido y, adicionalmente, que dicha distinción tenga el efecto de anular la igualdad de trato o de oportunidades en el empleo, es decir, una desventaja en el trabajo que surja del acto discriminatorio.

Para la OIT *"la discriminación en el empleo y en la ocupación supone una diferenciación de trato de las personas por razón de su raza, color o sexo, entre otros motivos, independientemente de cuáles sean sus aptitudes o de los requisitos del trabajo que deban desempeñar"*¹⁶. Pero, el concepto de no discriminación no es solo una mera diferenciación que afecta la igualdad de trato o la igualdad de oportunidades. El elemento que lo define y configura es, en realidad, los motivos o razones especialmente odiosas que transforman o convierten una simple diferenciación en una discriminación prohibida. En efecto, *"(...) lo que está prohibido no es distinguir, excluir o preferir a un trabajador sino distinguirlo, excluirlo o preferirlo en razón de unos de los motivos prohibidos por la ley"*¹⁷.

15. BALTA VARILLAS, José. *"¿Qué es Discriminación en el Empleo?"*. En: Revista Jurídica del Perú N° 1, Año XL. Lima: Editorial Normas Legales, Enero-Marzo de 1995, p. 92.

16. Organización Internacional del Trabajo. Informe del Director General: "La Hora de la Igualdad en el Trabajo". Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª Reunión, 2003, Oficina Internacional del Trabajo, p. 7.

17. ARCE ORTIZ, Elmer. *La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales*. Segunda Edición. Lima: Ara Editores, 2006, p. 93.

Por su parte, la igualdad de trato prohíbe al empleador de dispensar un trato diferente, salvo que éste tenga una razón objetiva y razonable que lo justifique. Lo que se prohíbe es la desigualdad arbitraria. No hay necesidad de asociar la diferencia arbitraria a una de las categorías prohibidas. Pese a las diferencias anotadas, la jurisprudencia en el Perú ha asumido, erróneamente la identidad entre el derecho a no ser discriminado y el derecho a la igualdad. Es decir, ha venido interpretando que los términos "principio de igualdad y "no discriminación" son sinónimos, olvidando que la discriminación siempre debe venir asociada a un grupo específico de factores de diferenciación (sexo, raza, religión, etc.)¹⁸. La igualdad pasa a "convertirse" en discriminación, privando a esta última de su contenido histórico y real.

Existe cierto consenso en la doctrina especializada al considerar esta interpretación como negativa. ARCE ha apuntado que:

*"(...) una lectura unitaria del precepto citado, aparte de generar en la noción de discriminación por razones específicas una pérdida de todo contenido autónomo, tras ser absorbida y confundida con el principio de igualdad, implica aceptar que el carácter público de la "igualdad ante la ley", y, por ende, del mandato constitucional de no discriminación, vincula sólo al Estado en el ejercicio de cada una de sus funciones primordiales, sean éstas legislativas, administrativas o judiciales. Obstaculizándose, por lo demás, el proceso de horizontalización de los derechos constitucionales, en cuanto se imposibilita la actuación interprivados de la prohibición específica de discriminación"*¹⁹.

En consecuencia, "(...) desde esa postura, el principio de no-discriminación pasa a configurarse, en el ámbito de la garantía constitucional de la igualdad, sólo como el perfil negativo de la misma"²⁰.

Mientras que MEJIA señala que "[é]sta lectura del mandato de no discriminación no responde a la finalidad de la tutela antidiscriminatoria que es, trasladada al ámbito laboral, para combatir la segregación ocupacional que sufren determinados grupos sociales sobre la base de prejuicios, lo que puede suponer, por ejemplo, la relegación de las personas que pertenecen a dichos grupos a determinadas ocupaciones que guardan correspondencia con el rol social que se les asigna y que son, precisamente, las que reúnen las peores condiciones de trabajo, o la exclusión del mercado de trabajo"²¹.

Para SÁEZ la lectura unitaria de dichos preceptos constitucionales vacía de contenido los motivos discriminatorios, pues precisamente el contenido autónomo del derecho fundamental a no ser discriminado en el empleo se fundamenta en los aspectos pre-normativos y sociales de las conductas discriminatorias, las cuales se sustentan en los fenómenos históricos de segregación y marginación²². La existencia de los motivos constitucionales o legalmente vedados es una de las particularidades que presenta el derecho fundamental a la no discriminación, el cual se encuentran ausente en el principio de igualdad.

El concepto de discriminación tiene un fin eminentemente protector, en la medida que se busca restringir y sancionar la aplicación de actos discriminatorios en perjuicio de colectivos sociales segregados, situación que no se presenta en el contenido del derecho fundamental a la igualdad. La consecuencia de esto último se hace aún

18. A modo de ejemplo, ver la sentencia de fecha 31 de marzo de 2004 recaída en el Expediente N° 2510-2002-AA/TC y sentencia recaída en el Expediente N° 00009-2007-AI y 00010-2007-AI (acumulados), de fecha 29 de agosto de 2007.

19. ARCE, Elmer. *Op. Cit.*, p. 137.

20. *Ibid.*, p. 134.

21. *Ibid.*, p. 23.

22. SÁEZ LARA, Carmen. *Mujeres y mercado de trabajo*. Madrid: Consejo Económico Social, 1999, p. 37.

más palpable si tenemos en cuenta que el análisis de la vulneración del principio de no discriminación es mucho más estricto e intenso que la pura y simple vulneración del principio de igualdad. La igualdad se sustenta en la mera prohibición de la expedición y aplicación de medidas desiguales arbitrarias e irrazonables. Por el contrario, en la no discriminación la justificación de la medida o acto discriminatorio queda prácticamente suprimida, cediendo terreno a la prohibición casi objetiva y absoluta cuando se verifica la existencia de un motivo discriminatorio.

Así también lo entiende ARCE cuando afirma que "[e]l sustento de la desigualdad fundada en alguno de los factores diferenciales mencionados en el artículo 2.2 de la CP, está sujeta a un juicio de razonabilidad más riguroso que el que predica para cualquier quiebre del principio genérico de igualdad. En muchos casos, ni siquiera las "razones objetivas" podrán ser suficientes a efectos de admitir la derogación del principio de no-discriminación. Toda vez que, lo que la tutela antidiscriminatoria pretende es evitar y erradicar los fenómenos sociales de segregación"²³.

Es decir, en el caso de la igualdad de trato, una razón objetiva y razonable debería ser suficiente para validar un acto desigual. Naturalmente, esto se debe a que si el acto desigual encuentra una justificación objetiva y razonable dejará de ser un acto arbitrario. Sin embargo y a diferencia del caso de la igualdad de trato, las razones objetivas y razonables no necesariamente validan un acto discriminatorio²⁴. Ello es así porque el principio de no discriminación "(...) hunde sus raíces en la defensa de los valores inherentes a la dignidad humana, cuya prevalencia, redundantemente, requiere que se erradiquen manifestaciones de menosprecio hacia ciertos grupos, y que se subsanen los efectos por ella provocados"²⁵. De igual forma, FÉRNAN-

DEZ LÓPEZ afirma que "(...) la existencia de una situación de discriminación en una determinada sociedad supone algo más que una mera diferencia de trato; es un verdadero atentado a la dignidad humana, a las más elementales situaciones de respeto del ser humano (...)"²⁶.

Lo que ocurre, como hemos explicado, es que en el caso de los actos discriminatorios la finalidad del mandato de no discriminación es erradicar fenómenos de segregación. Ello debiera exigir un estándar de protección más elevado que la mera razonabilidad para validar el acto discriminatorio. Lamentablemente, bajo el criterio del TC, la violación de ambas reglas merece el mismo estándar de protección, como si el interés en corregir meras arbitrariedades debiera recibir el mismo tratamiento que un acto discriminatorio. De esta manera, la interpretación de ambos conceptos como sinónimos no contribuye en nada a afianzar la finalidad protectora y correctora del mandato de no discriminación. La falta de distinción entre ambos conceptos crea problemas al resolver casos concretos y proponer políticas públicas, en donde tener los conceptos claros resulta imprescindible.

IV. LA IGUALDAD DE TRATO EN EL EMPLEO A LA LUZ DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

A diferencia del texto constitucional de 1979 que se refería a la igualdad de trato, la redacción actual de nuestra Constitución recoge el concepto de "igualdad de oportunidades" en el inciso 1 del artículo 26 pero no el de trato igual. ¿Existe, entonces, una obligación constitucional de trato igual en el empleo? La Constitución no establece nada al respecto. Es decir, no hay base textual suficiente ni para afirmar el mandato de trato igual ni para negarlo.

23. ARCE, Elmer. *Op. Cit.*, p. 142.

24. Sobre este asunto ver artículo 1º, inciso 2 del Convenio N° 111 de la OIT.

25. ARCE, Elmer. *Op. Cit.*, p. 96.

26. FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. *Igualdad y Discriminación por razón de sexo. Autoridad y democracia en la empresa*. Madrid: Trotta, 1992, p. 96.

Una primera aproximación al tema en cuestión es que la igualdad de trato no tiene reconocimiento expreso en la Constitución y que, por tanto, tal obligación no existe a nivel constitucional. En consecuencia, los particulares no tienen una obligación constitucional de dispensar un trato igual. Esta obligación de trato igual solo se presenta en el ámbito público en donde actúa la igualdad ante la ley, pero no frente a los privados. El límite de la actuación de los privados estará dada por el mandato de no discriminación y referido únicamente a las diferencias basadas en categorías específicas reconocidas en la Constitución o en la ley (sexo, raza, religión etc.). Esta obligación podrá provenir de la ley para situaciones específicamente establecidas, pero de existir no será de rango constitucional.

Esta posición encuentra su sustento a nivel internacional en importante jurisprudencia de España y Estados Unidos. Así, el TC español estableció en la sentencia 108/1989 que:

"(...) la igualdad ante la ley se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados cuya autonomía está limitada solo por la previsión de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son, entre otras, las que expresamente se indican en el artículo 14 CE [“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”].

De esta manera, el principio de igualdad no es aplicable a los sujetos privados, quienes solo estarían limitados por las categorías específicas del principio de no discriminación.

Sobre este asunto, el caso más representativo de la Corte Suprema de los Estados Unidos fue el de *Engquist v. Oregon Department of Agriculture*²⁷.

Anup Engquist demandó a su empleador, el Departamento de Agricultura de Oregon, bajo la teoría del *class of one* [clase de uno] por no haberla promovido. Ella alegó que había sido diferenciada, irracional y/o arbitrariamente por su empleador pese a no encontrarse dentro de los grupos protegidos (raza, sexo, etc.) vedado por el principio de igualdad contenido en la enmienda catorce de la Constitución de americana. Sin embargo, la Corte Suprema rechazó esta teoría y la demanda, indicando que el *class of one* no es aplicable dentro del contexto del empleo público.

Habría que aclarar que para llevar una causa constitucional debe existir primero *state action*, es decir, una acción que vincule al Estado. El empleo privado no se encuentra sujeto a la constitución Norte Americana ni tampoco existe la horizontalización de los derechos constitucionales. Estos solo existen para proteger a los individuos de los actos de Estado. Esta sentencia, sin embargo, va mas allá pues limita las causas bajo el derecho constitucional a la igualdad a aquellos casos que se circunscriban a los motivos prohibidos. Por tanto, el trato irracional y arbitrario no es suficiente. Para ello, es necesario que la causa se encuentre sustentada en alguno de los motivos prohibidos por discriminatorios (raza, sexo, etc.).

De igual manera, el Título VII²⁸ norma de rango legal que regula el principio de no discriminación a nivel del empleo privado sólo prohíbe la discriminación sobre la base de los motivos enumerados en la citada norma (sexo, raza, etc.) y, no el trato desigual u arbitrario. Por tanto, el caso de Engquist tampoco hubiera tenido cabida a nivel del empleo privado precisamente por no fundarse en los motivos discriminatorios enumerados en el Título VII.

Una segunda postura es que la igualdad de trato se encuentra contenida en la cláusula “cualquier otra índole” del mandato de no discriminación

27. *Engquist v. Oregon Dept't of Agric.*, 553 U.S. 591, 128 S.Ct.2146,170 L.Ed.2d 975, 2008.

28. La Ley de Derechos Civiles de 1964 es una Ley Federal de los Estados Unidos. El Título VII de esta ley prohíbe la discriminación en el empleo.

del artículo 2.2 de la Constitución. Esta cláusula permitiría subsumir cualquier motivo de diferenciación no señalado expresamente en la Constitución como una discriminación prohibida. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la República mediante Casación N° 2386-2005 CALLAO publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 30 de noviembre de 2007, estableció que "(...) la Constitución Política del Estado vigente ampara el derecho de la igualdad ante la ley, no permitiendo la discriminación por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o cualquier otra índole, considerando dentro de este último supuesto que no se puede aplicar un trato diferenciado a los iguales (...)". Es decir, la cláusula "cualquier otra índole" es flexibilizada de tal modo que se encuentra apta para cobijar todos y cada uno de los supuestos de diferenciación como una discriminación. La igualdad de trato y la no discriminación en el empleo pierden así su significado propio, para confundirse en un único concepto.

RODRIGUEZ-PIÑERO Y FERNÁNDEZ LÓPEZ, comentando el artículo 14 de la Constitución española –que da origen a la norma peruana– sostienen, en una posición que compartimos, que no se puede interpretar la cláusula "cualquier otra índole" como si fuera una cláusula abierta. En efecto, la intención no es incluir cualquier y todo motivo de diferenciación sino en estricto sólo a un motivo discriminatorio dado que la discriminación presenta caracteres propios que no pueden entenderse como sinónimos de cualquier desigualdad irrazonable pues, de lo contrario, se vaciaría de contenido la prohibición de discriminaciones concretas, perdiéndose la finalidad correctora de la norma²⁹.

Una tercera postura es que la igualdad de trato se haya implícita en el concepto de igualdad de oportunidades. Así lo entiende NEVES cuando señala que: "[l]a igualdad de trato no tiene men-

ción por su nombre en nuestra actual Constitución, como la tenía en la anterior. El artículo 26.1 se refiere a la igualdad de oportunidades, que es un concepto distinto, aunque por su propia naturaleza necesariamente supone la primera. Además, diversos convenios internacionales del trabajo como el 100 sobre igualdad de remuneración entre varones y mujeres, y el 111 sobre discriminación en materia de empleo y ocupación-, aprobados y ratificados por el Perú, la proclaman."³⁰

De esta manera, el concepto de igualdad de oportunidades supone la preexistencia de la igualdad de trato, pero va más allá, pues, habilita la posibilidad de implementar medidas de equiparación efectiva (acciones positivas) en favor de los grupos protegidos o disminuidos. El principio de igualdad sustancial requiere del Estado la obligación de actuar en la sociedad para conseguir la igualdad real de los ciudadanos³¹. Esta interpretación busca promover la igualdad de trato a nivel constitucional. Es decir, busca prohibir las desigualdades arbitrarias en la relación laboral al más alto nivel. Debe admitirse, sin embargo, que esta teoría busca la afirmación de un derecho de los trabajadores y, por tanto, una limitación a la autonomía de la voluntad del empleador a partir de una construcción legal más que del reconocimiento indubitable en nuestra Carta Fundamental.

Una cuarta postura es la que plantea el TC. Éste ha creado su propia interpretación del concepto de igualdad de oportunidad reduciéndola equivocadamente en nuestro concepto- al de igualdad de trato y, en sentido de prohibición al mandato de no discriminación. En efecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 12 de agosto de 2005 recaída en el Exp. 008-2005-PI/TC señaló lo siguiente:

"[La igualdad de oportunidades] hace referencia a la regla de no discriminación en materia

29. RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. *Igualdad y Discriminación*. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1986, p. 236.

30. *Loc. Cit.*

31. *Ibid.*, p. 112.

laboral. En puridad, plantea la plasmación de la isonomía en el trato previsto implícitamente en el inciso 2) del artículo 2º de la Constitución; el cual específicamente hace referencia a la igualdad ante la ley. Esta regla de igualdad (la no discriminación en el empleo) asegura, en lo relativo a los derechos laborales, la igualdad de oportunidades de acceso al empleo. Tal como se ha precisado anteriormente, la isonomía entre las personas se manifiesta en dos planos: La igualdad ante la ley y la igualdad de trato (en este caso aplicable al ámbito de las actividades laborales). La igualdad ante la ley obliga a que el Estado asuma una determinada conducta al momento de legislar o de impartir justicia. La igualdad de oportunidades –en estricto, igualdad de trato– obliga a que la conducta ya sea del Estado o los particulares, en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria”.

El desarrollo del TC respecto de la igualdad de oportunidades es confuso. Lo positivo es que reconoce la igualdad de trato a nivel Constitucional a partir del concepto de igualdad de oportunidades tal como lo indicaba NEVES. Es decir, la igualdad de trato se encuentra implícita en el concepto de igualdad de oportunidades.

Lo preocupante es que al desarrollar el concepto de igualdad de oportunidades lo hace únicamente como un mandato negativo a los empleadores a no dispensar un trato desigual de manera arbitraria o discriminatoria. Es decir, restringe el concepto de igualdad de oportunidades a la igualdad de trato y al mandato de no discriminación en el empleo. Esto puede tener consecuencias graves de cara a garantizar la igualdad sustancial en las relaciones laborales que es precisamente lo que plantea la igualdad de oportunidades. Pues ésta no se preocupa tanto por garantizar un trato igual entre los iguales o a prohibir diferencias en base a categorías específicas sino que reconoce las diferencias y las contrarresta con medidas concretas.

Esta concepción da un mensaje equivoco al Estado respecto a cuáles son sus obligaciones frente a los individuos en la sociedad. En efecto, el Estado cumple con el principio de igualdad y el mandato de no discriminación garantizando estos derechos y procurando no infringirlos (igualdad formal). Consecuentemente, inherente a la concepción de igualdad de trato y el principio de no discriminación se encuentra la ausencia de acciones concreta del Estado para elevar a aquellos que se hallan en una posición desigual hacia una posición más equitativa en la sociedad. Cuando, por el contrario, la igualdad de oportunidades obliga al Estado a tomar acciones concretas, proactivas, dirigidas a lograr la igualdad sustancial de los individuos en la sociedad³².

V. COMENTARIOS FINALES

Aunque la Constitución no la reconozca expresamente, la discusión en torno a la existencia de una obligación constitucional de igualdad de trato en el empleo ha quedado zanjada a partir del desarrollo del concepto de igualdad de oportunidades realizado por el TC. Al hacerlo, sin embargo, el máximo intérprete de la Constitución ha dejado abierta la puerta a una interpretación reduccionista de la igualdad de oportunidades al concebirla como un sinónimo de la igualdad de trato o, en un sentido prohibitivo, al mandato de no discriminación.

Se hace indispensable realizar una revisión del concepto de igualdad de oportunidades que refleje su verdadera naturaleza. Pues este principio va mucho más allá que garantizar un trato igual o no discriminatorio al permitir medidas concretas destinadas a corregir desigualdades de manera efectiva y de manera proactiva. Inherente a esta concepción de igualdad de oportunidades se encuentra la concepción de que el Estado debe tomar medidas concretas destinadas a lograr una sociedad cada vez más equitativa.

32. Ver: ALBERTSON FINEMAN, Martha. "Beyond identities: the limits of an Antidiscrimination Approach to equality". En: Boston Law Review, Vol. 92, N° 6, 2012.